

جامعة الدول العربية

معهد الدراسات العربية العالية

أحكام الأحوال الشخصية

لغير المسلمين من المصريين

الجزء الثاني

في

انعقاد الزواج

(١)

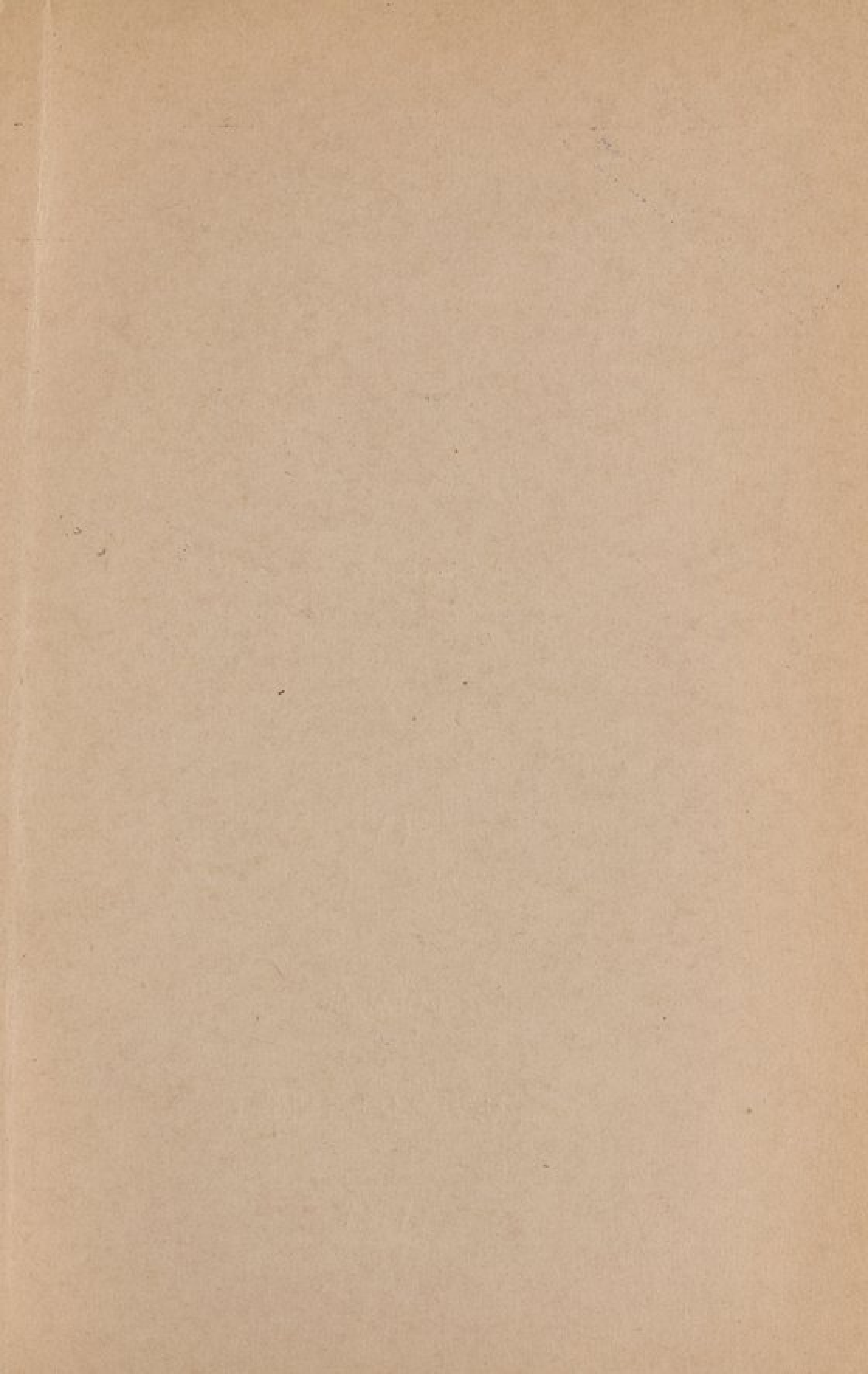
ركن التراضي

محاضرات ألقاها

الدكتور شفيق شحاتة

[على طلبة قسم الدراسات القانونية]

١٩٥٨



الدكتور شفيق شحاته
الأستاذ بكلية الحقوق بجامعة عين شمس

أحكام الأحوال الشخصية

لغير المسلمين من المصريين

الجزء الثاني

في

انعقاد الزواج

(١)

ركن التراضي

١٩٥٨

المطبعة العالمية ١٦ شارع ضريح سعد بالقاهرة

الفصل الثانى

أركان الزواج

الفرع الأول

طبيعة الزواج

٩٨ — الزواج حالة قانونية يكون عليها الشخص الذى ارتبط مع آخر برباط الزوجية . ومصدر هذه الحالة عقد الزواج ، ذلك أن الرابطة الزوجية لا تنشأ أبداً إلا بناء على عقد يكون قد عقده بينهما شخصان : رجل وامرأة .

وقد ثار النقاش فى العصر الحديث ما بين رجال القانون حول طبيعة التصرف القانونى الذى يربط ما بين الرجل والمرأة على الصورة التى تجعل منهما زوجين . فالواقع أن هناك تصرفاً قانونياً أى تصرفاً إرادياً صادراً من شخصين يتجهان فيه إلى غرض معين ، فتنشأ عنه تلك الرابطة القانونية . والتصرف القانونى الذى يقوم على إرادتين هما عبارة عن الإيجاب والقبول يسمى فى الاصطلاح القانونى « عقداً » . فالتصوير السليم للتصرف القانونى المنشىء للرابطة الزوجية هو أنه عقد من العقود التى نظمها القانون .

ولكن هناك فريق من رجال القانون قد لاحظ أن هذا التصوير لاينسجم تماماً مع الأوضاع الناشئة عن الزواج . فهم يقولون إن العقد مرده كله لإرادة العاقدين ، والعاقدان فى الأصل يستطيعان أن يكيفا العلاقة التى ينشئانها وفقاً لمشيئتهما المشتركة ، وهو ما لايتحقق فى عقد الزواج ، حيث يلتزم العاقدان أحكام

النظام القانونى الذى وضعه المشرع ، شاءا أو أبيا . ثم إنهما لا يستطيعان فى الأصل ولو بإرادتهما المشتركة التخلص من الوضع القانونى الذى يوجدهما فيه الزواج — وهذا أيضاً مما يتجافى مع طبيعة العقد الذى ترتفع أحكامه فى العادة بالتقايل . والعقد إذا ورد على حرية من الحريات الشخصية لا يكون إلا موقوتاً ، فى حين أن الزواج فى الأصل ينعقد على وجه التأبيد . ولذلك كله يذهب هذا الفريق من العلماء (وعلى رأسهم HAURIOU) إلى اعتبار الزواج نظاماً قانونياً institution قرره المشرع على صورة معينة ، ولا دخل لإرادة الطرفين فى إنشاء أحكامه — وإن كان تطبيق هذه الأحكام متوقفاً فى الواقع على صدور تعبير عن الإرادة من الطرفين اللذين سوف يخضعان لذلك النظام المقرر . وهناك من راعى (DUGUIT) شأن الدور الذى تلعبه الإرادة فى إنشاء هذه الحالة القانونية ، فاعتبر التصرف القانونى ذا طبيعة مزدوجة acte complexe ، فهو فى نظر هذا البعض عبارة عن عمل قانونى أقامه المشرع شرطاً لنشوء حقوق معينة : acte-condition .

على أنا نرى أن هذه الاتجاهات الجديدة فى تصوير عقد الزواج تردد صدى من أصداء الحملة التى كان هدفها فى العصر الحديث فكرة العقد بوجه عام ، ومبدأ سلطان الإرادة بوجه خاص . وإذا ما تصححت فكرة العقد على أساس النزعة الاشتراكية الحديثة ، فإن الزواج يكون عقداً من العقود بالمعنى السليم لكلمة « عقد » . والواقع أن « العقد » حقيقة قانونية وضحت معالمها قبل ظهور مبدأ سلطان الإرادة ؛ وإذا كانت هناك عقود نظر إليها المشرع على أنها من الأهمية بمكان وحرص فيها على وضع قواعد آمرة لايجوز الاتفاق على مخالفتها بحال من الأحوال ، فإن تنظيم هذه العقود من طريق تلك القواعد ليس من شأنه أن يؤثر فى جوهرها

أو يخرج بها عن طبيعتها . فالعقود فى الفقه الإسلامى ، حيث يخضع التعاقد لقواعد معظمها آمر ، تعتبر أسباباً للأحكام الشرعية التى تنطبق على المتعاقدين سواء أرضوا بها أم لم يرضوا . ذلك أن العقد علة الحكم ، وإذا كان الحكم من وضع الشارع ، فالعقد هو عبارة عن إيجاب وقبول وركنه الأوحد هو التراضى .

وعقد الزواج عقد بهذا المعنى أى هو عبارة عن إيجاب وقبول ، ومتى عبر الطرفان عن رغبتهما فيه ، تولدت عنه أحكامه كما وضعها المشرع ؛ وليس بصحيح أن يقال إن التأبيد يتنافى مع طبيعة العقد فالتمليكات تنعقد على وجه التأبيد ؛ وفى الفقه الإسلامى هو نفسه لا ينعقد النكاح شرعاً إلا مؤبداً ، ولم يمنع ذلك من القول بأن النكاح عقد من العقود — هذا مع تسليم الفقهاء الإسلاميين بأن المملوك بالنكاح ليس بمال[1] .

٩٩ — يخلص مما تقدم أن عقد الزواج عقد بالمعنى الصحيح فى القوانين الوضعية غير المصطبغة بالصبغة الدينية ؛ وهو كذلك عقد فى الشريعة الإسلامية حيث يعرّفون النكاح بأنه عقد وضع لحل الاستمتاع بالأنثى — على أن يكون المفهوم أن المراد هو وضع الشارع لا وضع العاقدين ، فالنكاح كما يقولون هو غير الشراء . (راجع فى ذلك كتاب الأحوال الشخصية لفضيلة الأستاذ أحمد ابراهيم) .

---

(١) يلاحظ هنا أن الفقه المسيحى الغربى قد تبين عند ما اعتبر الزواج عقداً من العقود الرضائية ، أنه على خلاف العقد فى القانون الرومانى لا يقتصر أثره على إنشاء التزامات ، بل إنه يرتب أيضاً لكل من العاقدين حقاً على جسد الآخر . والواقع أن انحصار آثار العقد فى داخل نطاق الالتزامات أى الحقوق الشخصية ، وضع من الأوضاع الرومانية الأصيلة . فالملك لا يعتبر أبداً فى الفقه الرومانى أثراً من آثار عقد البيع ، ولكنه يرد دائماً إلى واقعة التسليم . أما فى الشريعة الإسلامية وأما فى القوانين الوضعية الحديثة ، فإن العقد يعتبر سبباً من أسباب الملكية كما يعتبر مصدراً من مصادر الالتزامات . (راجع فى ذلك مؤلفنا : نظرية الالتزامات فى القانون الرومانى ، ص١٧٩ ؛ وراجع اسمان ، الزواج فى الفقه المسيحى الغربى ، ص١٤٢) .

١٠٠ — ولكن هل يعتبر الزواج عقداً كذلك فى الشريعة المسيحية ؟ جرى علماء الكلام المسيحيون من قديم الزمان على اعتبار الزواج من «المقدسات» sacrements . وهذا الوصف قد لازم الزواج عند المسيحيين فيما خلا البروتستانت منهم ، وهو قد استقر فى الفقه المسيحى الغربى ، وكذا فى الفقه المسيحى الشرقى ، وإن كانت تلك الصفة غير واضحة تماماً فى الآثار الأولى للفقه المسيحى الشرقى (١) .

والمراد بقولهم إن الزواج من « المقدسات » أو من « الأسرار الكنسية » كما هو التعبير الشائع ، أن رباط الزوجية رباط تضفى عليه الكنيسة الصبغة الدينية ، فيصبح رباطاً مقدساً . وهذه الصبغة الدينية ليست مرتبطة عند الغربيين بالمراسم الشكلية التى تفرضها الشريعة المسيحية لصحة عقد الزواج . فالزواج يعتبر فى ذاته من المقدسات ، وهو فى ذاته عبارة عن عقد .

وقد قام الخلاف ما بين فقهاء الشريعة المسيحية الغربية حول ما إذا كان يمكن فصل « العقد » عن « السر » . فقد ذهب فريق منهم فى وقت من الأوقات إلى أن للعقد وجوداً متميزاً عن السر . فالعقد له كيانه ومقوماته ، والسر يحل فيه بعد أن يكون قد انعقد صحيحاً . على أن الرأى الذى انتصر فى النهاية يجعل من الزواج عقداً وسراً فى آن واحد ، بحيث لا يقع بينهما أى فاصل زمنى . وفى هذا الرأى يعتبر العقد قوام السر ومادته (٢) .

وأياً ما كان الرأى فى هذا الخلاف ، فالثابت فى الفقه المسيحى الغربى أن

---

(١) راجع : Esmein, *Le mariage en droit canonique*, p. 149 .

(٢) وهذا هو الرأى الذى تضمنته أخيراً الرسالة البابوية الصادرة عن البابا الرومانى ليون الثالث عشر فى ١٠ فبراير سنة ١٨٨٠ .

الزواج قوامه العقد ، وأنه لا زواج بغير عقد ، وإذا كان عقد الزواج قد دخل فى عداد مقدسات الكنيسة ، فإنه لم يدخلها إلا باعتباره كذلك . وهو عندما دخل الفقه المسيحى واعتبر فيه من المقدسات ، قد نظمت أحكامه فى الأصل على غرار العقود الرضائية التى كان قد نظمها القانون الرومانى .

١٠١ — أما الفقه المسيحى الشرقى ، فإنه عندالبيزنطيين قد تأثر بالقوانين الرومانية اللاحقة لجوستنيان ، وكانت قد صدرت عن الأباطرة فى وقت من الأوقات ، قوانين تتطلب لإنعقاد الزواج إتمام بعض المراسم أو الطقوس الدينية[١] وقد رتبوا على ذلك أن جوهر الزواج يتمثل فى اتباع هذه الطقوس لا فى تبادل التعبير عن الإرادة[٢] .

على أن الواقع كما عرفنا عند الكلام فى الخطبة أن الطقوس الدينية كانت فى الفقه المسيحى الشرقى تكوّن المرحلة الثانية من مرحلتى عقد الزواج . وهى قد كانت دائماً مسبوقة بالخطبة الملزمة حيث كان يتبادل الطرفان التعبير عن الإرادة . فالزواج وإن لم يكن تاماً فى الفقه المسيحى الشرقى القديم عند تبادل التعبير عن التراضى ، إلا أنه كان يقوم على التراضى المتبوع بالطقوس الدينية . ولذلك هو يمكن اعتباره عقداً بالمعنى الصحيح وإن كان السر عندهم يلازم تلك الطقوس الدينية التى يتم بها الزواج ، ولا يعتبر كامناً فى العبارات التى يتبادلها الطرفان كما هى الحال عند الغربيين . وقد بقى أثر من ذلك ، كما سوف نبين ، فى

---

(١) فى سنة ٨٩٥ أصدر ليون السادس تشريعاً يجعل الطقوس الدينية شرطاً لانعقاد الزواج .

(٢) قرار مجمعى صادر عن ميخائيل أنكيالوس فى سنة ١١٧٧ .

الاختلافات القائمة ما بين الفقهين الغربى والشرقى ، حول وظيفة الكاهن ، وحول كيفية التعبير عن الإرادة ، فى عقد الزواج .

١٠٢ — وهذا هو الوضع الذى استقر فى التقنينات المسيحية الشرقية الحديثة . فالمادة الأولى من التقنين الكاثوليكى الشرقى تقرر أن « عقد الزواج المبرم بين المسيحيين ... قد رفع إلى مقام السر ... ولذلك لا يمكن أن يقوم عقد زواج صحيح بينهم دون أن يكون فى نفس الوقت سراً » . فالزواج فى التقنين الكاثوليكى عبارة عن عقد وإن كان قد ارتفع فيه إلى مقام الأسرار أو المقدسات[1] .

أما التقنينات الأرثوذكسية فتقتصر فى العادة على بيان شروط الزواج عتباره عقداً . والمجموع الصفوى لابن العسال لم ترد به إشارة صريحة إلى أن الزواج سر من الأسرار الكنسية . على أن المادة ١٤ من تقنين الأقباط الأرثوذكس تقول إن « الزواج سر مقدس يتم بصلاة الإكليل على يد كاهن طبقاً لطقوس الكنيسة القبطية الأرثوذكسية » . وقد يفهم من ذلك أن الزواج نظام دينى قوامه تلك الطقوس الكنسية . على أنا قد بينا أن هذه الطقوس الدينية تفترض عند الأقباط الأرثوذكس وعند غيرهم من الطوائف الشرقية والغربية ، تراضى الزوجين أى العقد ، وقد نصت المادة ١٦ من تقنين الأقباط الأرثوذكس هو نفسه على أنه : « لازواج إلا برضاء الزوجين » .

---

(١) يلاحظ هنا أن المادة الثانية من التقنين الكاثوليكى ترتب على اعتبار الزواج سراً خاصيتى الوحدة وعدم قابلية الرابطة للانحلال .

على أنا لا نرى أن طبيعة العقد تتجافى مع أى من هذين المبدأين ، لما سبق أن قدمنا ولما سوف نبين عند الكلام فى مضمون التراضى على الزواج .

هذا ويلاحظ أنه لا يدخل الزواج فى عداد « الأسرار » عند المصريين البروتستانت . وقد نصت المادة ٦ من قانون الطوائف الإنجيلية على أن : « الزواج هو اقتران رجل بإمرأة واحدة اقتراناً شرعياً مدة حياة الزوجين » .

الفرع الثانى

تعريف الزواج

١٠٣ — يعرف فى العادة فقهاء القوانين الوضعية الزواج بأنه تصرف قانونى ينشىء بمقتضاه شخصان أحدهما من الذكور والثانى من الإناث رباطاً يجمع ما بينهما ويقره القانون — وذلك بقصد تكوين أسرة .

وقد ورد له عن الرومان تعريفان ، أحدهما للفقيه مودستينوس ، (الجامع ، ٢٣ : ٢ : ١) ، يقول فيه إن الزواج هو ارتباط ما بين الرجل والمرأة ، يشارك به أحدهما الآخر فى الحياة مشاركة تامة ، فهو شركة أقرها القانون الإلهى والقانون الوضعى ؛ أما الثانى فهو التعريف الوارد بكتاب المتون لجوستنيان (المتون ، ١ : ٩) حيث يقول إن الزواج ارتباط الرجل بالمرأة ارتباطاً تلزم عنه المشاركة فى الحياة مشاركة لا تقبل الانقسام[١] .

١٠٤ — هذا والتعريف الذى أورده الفقهاء الإسلاميون لعقد النكاح يقرر أنه عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصداً أى وضع لحل الاستمتاع بها .

---

(١) وراجع ترجمة عبد العزيز فهمى باشا (المدونة ، ص ٢٠) : « الإعراس أو النكاح هو اتصال الرجل والمرأة اتصالا تلزم عنه وحدة حالهما » .

أما الأصل اللاتينى لهذه العبارة فهو : *"Nuptiæ sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam consuetudinem vitæ continens."*

(راجع كتاب أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية ، للشيخ أحمد ابراهيم ، ص ١٦ ، فقرة ٢٣) .

ويبدو أن الفقه المسيحى هو الآخر يجعل من الاتصال الجنسى الغرض الأول من عقد الزواج . فالزواج فيه عبارة عن العقد الذى يصبح به الاتصال الجنسى مشروعاً ، أى حلالاً . ونحن لا نجد فى التقنين الكاثوليكى الغربى الحديث تعريفاً صريحاً لعقد الزواج ، ولكن المادة ١٠٨١ من هذا التقنين تفيد أن الزواج عقد يمنح بموجبه كل من طرفيه للآخر حقاً على جسده لمباشرة الاتصال الجنسى .

وقد انتقل هذا النص إلى التقنين الكاثوليكى الشرقى ، حيث تقول المادة ٢/٧٢ : « إنه بالزواج يعطى كل من الطرفين حقاً على جسده ويقبل حقاً على جسد الطرف الآخر ... لمباشرة الأفعال التى تؤدى بذاتها إلى أن يكون لهما أولاد » .

ونلاحظ هنا أن تعريف الزواج يجب أن يقتصر على بيان أركانه ، تلك الأركان التى لا يقوم بدونها زواج ، فهى حده الفقهى . أما الأغراض التى يحققها عقد الزواج ، فإنها لا تعتبر جزءاً من تعريفه إلا إذا اعتبر الباعث على العقد ركناً من أركانه . وإذا ما التزمنا هذا الأصل المنطق ، لا يكون هناك خلاف جوهرى ما بين التعريف الحديث لعقد الزواج وما بين التعريف الذى تورده له الشريعة الإسلامية أو الشريعة المسيحية . ذلك أن الارتباط ما بين الرجل والمرأة الذى أبان عنه تعريف رجال القانون ليس سوى العقد هو نفسه . أما محل هذا الرباط فهو أساساً العلاقة الجنسية ما بين العاقدين ، وقد عبر عنها الفقهاء الإسلاميون بالمتعة والفقهاء المسيحيون بحق كل من العاقدين على جسد الآخر .

ولا شك أن الزواج ، وهذا محله ، يقرر فى نفس الوقت حقوقاً و يرتب التزامات لكل من الطرفين على الآخر ، وهى كلها حقوق والتزامات شخصية أو مالية تابعة للحق والالتزام الأصلى ، وليست هى المحل الأصلى للعقد . وما المشاركة العامة فى الحياة التى أشار إليها التعريف الرومانى سوى النتيجة المترتبة على وجود هذه الحقوق والالتزامات إلى جانب الحق والالتزام الأصلى . أما أغراض العقد ، فلعل أهمها هو تكوين الأسرة ولكن هذا الغرض ليس ركناً من أركان العقد ، على ما سوف نبين .

هذا والتقنينات الأرثوذكسية الحديثة لم تأت بتعريف لعقد الزواج ، ولكن المادة ١٤ من تقنين الأقباط الأرثوذكس تعرفه بأنه « سر مقدس . . . يرتبط به رجل وامرأة بقصد تكوين أسرة والتعاون على شئون الحياة » ، والنص يعدد كما هو ظاهر الأغراض التى يحققها عقد الزواج ولا يحدد محله . وقديماً كان ابن العسال قد بين أن الولد والتعاون على تحمل أعباء الحياة هما مقصودا الزواج (راجع الباب الرابع والعشرين من المجموع الصفوى) . وقد رتب ابن العسال على القصد الأول قصداً ثانياً وهو دفع ألم الشهوة . وهو يقول فى حد الزواج أى تعريفه (المادة ٧٧) : إنه « اتفاق رجل وامرأة اتفاقاً ظاهراً بشهادة وصلاة كهنة واختلاط عيشتهما اختلاطاً محصلاً لمعاونتهما على تحصيل ضروراتهما وتوليد نسل يخلفهما » . وظاهر أنه فى تعريفه هذا قد نقل عن الرومان ولذلك فهو لم ينهج نهج فقهاء المسيحية(١) .

---

(١) أما تقنين الإنجيليين ، فقد عرف الزواج بالمادة السادسة بقوله : « الزواج هو اقتران رجل واحد بامرأة واحدة اقتراناً شرعياً مدة حياة الزوجين » .

الفرع الثالث

التراضى

١٠٥ — لما كان الزواج يعتبر عقداً من العقود فى الفقه المسيحى كله ، فإن مقتضى هذا الاعتبار ألا يقوم زواج إلا إذا توافرت فيه أركان العقد ، والركن الأول من الأركان التى ينعقد بهـا الزواج هو ركن التراضى . على أن التراضى يفترض طرفين ومحلاً ، ولذلك سنتناول بالبحث أولاً التراضى فى ذاته ثم طرفيه ، ثم محله .

ولما كان عقد الزواج فى الفقه المسيحى كله هو أيضاً من العقود الشكلية ، فإنا سنخصص للـكلام على المراسم الشكلية لعقد الزواج الفرع الأخير من هذا الفصل .

§ ١ — التراضى فى ذاته

١٠٦ — التراضى هو الركن الأول لعقـد الزواج فى مختلف القوانين الوضعية . وفى القانون الرومانى قد انتهى التطور إلى اعتبار الزواج من العقود الرضائية أى من العقود التى يكفى لانعقادها مجرد التراضى . وفى مبـدأ الأمر كان الزواج عند الرومان يمر بمرحلتين اثنتين ، ففى المرحلة الأولى وهى عبارة عن الخطبة القديمة كان الطرفان يتبادلان التعبير عن إرادتهما ؛ على أن الزواج كان لا يعتبر تاماً إلا بتسليم الزوجة إلى زوجها *deductio uxoris* . وفى هذا الطور

من أطوار تاريخ الزواج عند الرومان كان الزواج أدخل فى باب العقود العينيـة منه فى باب العقود الرضائية . وفى وقت من الأوقات كان الرومان يتطلبون لتمام العقد ، أن تـكون هناك وثيقة متضمنة لبيـان المبلغ الذى يدفع على سبيل البائنة *instrumentum dotale* . وفى نهاية التطور لم يعد الزواج فى حاجة إلى أى إجراء أو شكل بل كان لا يلزم فيه اتباع مراسم معينة دينية أو مدنية ، فأصبح الزواج ينعقد بمجرد التراضى و إن لم يتبعه دخول . وهذه هى القاعدة التى استقرت بكتاب الجامع لجوستنيان (٥٠ : ١٧ : ٣٩) ، حيث يقول إن الزواج يتم لا بالدخول ولكن بمجرد التراضى : *"nuptias non concubitus sed consensus facit."*

١٠٧ — وفى الشريعة الإسلامية النكاح عقد ينعقد بالإيجاب والقبول . فهو ينعقد بمجرد التراضى ، وليس الدخول ركناً من أركانه . أما حضور الشهود (أو إعلان النكاح فى مذهب مالك) ، فلم يعتبره الفقهاء أبداً من أركان عقـد الزواج . وصحيح أن الدخول (الوطء أو الخلوة) يؤكد حق الزوجـة فى المهر كله ، إلا أن المهر يعتبر فى الأصل واجباً منذ انعقاد النكاح الصحيح و بموجبه ، والنكاح يعتبر منعقداً بالإيجاب والقبول ، ولا شىء أكثر من ذلك .

١٠٨ — أما الشريعة المسيحية الغربيـة ، فقد تقاسمها فى وقت من الأوقات مذهبان . ففى رأى جراسيان Gratien ومن تابعه من فقهـاء المدرسة البولونية ، لا يعتبر الزواج تاماً إلا بالدخول . ومن ثم لا يكون الزواج عبارة عن مجرد تراض ولا يكون عقـد الزواج من العقود الرضائية البحتة . على أن الرأى الذى انتصر فى النهاية هو رأى Lombard ومن تابعه من فقهاء المدرسة البار يسية ،

وفى هـذا الرأى ليس الدخول ركنـاً من أركان عقد الزواج ، بل إن الزواج يعتـبر تاماً بمجرد التراضى . وهذا هو الرأى الذى استقر عليه الفقه المسيحى الغربى . ويلاحظ هنا أنه بالرغم من انتصار النزعة الرضائية لا تزال هناك آثار للنزعة القـديمة بالشريعة المسيحية الغربية . من ذلك أن عقـد الزواج وهو عند المسيحيين الغربيين لا يقبل أبداً الانحـلال ، لا يكون كذلك غير قابل للانحلال على صورة مطلقة إلا إذا كان قد اتبع بالدخول ، أما الزواج غير المتبوع بالدخول فقد ينحل لأسباب معينة سوف نعرفهـا : *dispensatio de rato et non consummato* .

١٠٩ — أما الشريعة المسيحية الشرقية ، فإنها لم تجعل أبداً للدخول شأناً فى انعقاد عقد الزواج ، ولـكن يلاحظ أن الزواج فى الفقه المسيحى الشرقى القديم كان يتم على مرحلتين اثنتين : الخطبة كمرحلة أولى حيث يتم تبادل التعبير عن الإرادة ، ثم المراسم الدينية كمرحلة ثانية من تتويج وغيره . والزواج يعتبر تاماً بعد هذا كله ، لا عند تبادل التراضى فى المرحلة الأولى . وقد عرفنا أن شأن الخطبة قد تلاشى مع الزمن ، وأصبح التراضى يتم عند إجراء المراسم الدينية ، فغدا هذا التراضى هو المعتبر دون التراضى الأول الذى اقتصر أمره على مجرد التواعد . وقد أدى هذا التطور إلى اعتبار التراضى الركن الأول لعقد الزواج كما هى الحال فى سائر الشرائع[1] .

١١٠ — وقد أقرت التقنينات المسيحية الشرقية هذا التطور ، فنصت

---

(١) ولذلك نجد ابن العسال يقول فى المجموعة القبطية (المادة ٧٨) إنه « لا يكون التزويج إلا أن يتراضى المقترنان » .

المادة ٧٢/ ١ من التقنين الكاثوليكى الشرقى على أنه : « يقوم الزواج بالرضا الذى يبديه الطرفان وفقاً للشريعة ، ولا يغنى شىء عنه ، أياً ما كان هذا الشىء » .
ولكن يلاحظ أن المادة ٤/ ١ تفرق ما بين الزواج المكتمل بالدخول والزواج غير المكتمل بالدخول ، لترتب على هذه التفرقة أثرها فى باب انحلال الرابطة الزوجية ، ولا شك أن هذا الحكم قد انتقل إلى التقنين الشرقى عن التقنين الكاثوليكى الغربى (المادة ١٠١٥/ ١ من التقنين الكاثوليكى الغربى) .

أما تقنين الأقباط الأرثوذكس فينص صراحة بالمادة ١٦ على أنه : « لازواج إلا برضاء الزوجين » . وهو لا يجعل للدخول أثراً ما فى انعقاد الرابطة الزوجية . وتكرر هذا المعنى المادة الثالثة من تقنين الأرمن الأرثوذكس التى تقضى بأنه : « لا زواج بغير رضاء الطرفين » . وكذلك المادة ١/ ب من تقنين الأروام الأرثوذكس .

وأخيراً تقول المادة ٩ من قانون الطوائف الإنجيلية إنه : « لا يجوز أن يعقد الزواج إلا بعد الرضا بالإيجاب والقبول من الزوجين » . وهكذا يكون ركن الزواج فى مختلف التشريعات المسيحية هو التراضى بالإيجاب والقبول .

١ — الإيجاب والقبول

١١١ — يتم التراضى بالإيجاب والقبول . وليس فى التشريعات الوضعية ما يوجب على العاقدين التعبير عن إرادتهما على صورة معينة ، أو بصيغة معينة . فكل ما يدل على الرضا من ألفاظ أو إشارات ، يعتبر تعبيراً صحيحاً عن التراضى [١] .

---

(١) ولكن العرف جرى فى فرنسا مثلاً على التعبير عن التراضى مشافهة ، ما لم يتعذر النطق كما فى حالة الصم والبكم .

وفى الشريعة الإسلامية الأصل أن ينعقد العقد بكل ما يدل على إرادة العاقدين ، ولكن الفقهاء عرضوا لبيان ما يصح به الإنعقاد من الألفاظ وما لا يصح ، فنصوا على أن النكاح ينعقد بلفظ الماضى بأن تقول المخطوبة زوجتك نفسى ويقول الخاطب قبلت ؛ كما ينعقد إذا كان أحد التعبيرين موضوعاً للمستقبل (أى الأمر) والثانى موضوع للماضى . وكذلك ينعقد إذا كان أحد اللفظين مبدوءاً بالهمزة الدالة على التكلم والآخر ماضياً كأن يقول الخاطب لمخطوبته أتزوجك فتقول له قبلت ، ومن ثم لا ينعقد الزواج إذا كان المضارع مبدوءاً بتاء المخاطب نحو زوجنى بنتك ، إلا عند عدم قصد الاستيعاد . والخلاصة أن اللفظ الذى ينعقد به النكاح هو اللفظ الذى يكون للتحقيق فى الحال ، ما لم تفد قرائن الأحوال أن النية للحال لا للاستقبال . (راجع كتاب أحكام الأحوال الشخصية للشيخ أحمد ابراهيم ، ص ١٨) . وقد عرض كذلك الفقهاء للألفاظ التى ينعقد بها النكاح بحسب مدلولها المتعارف ونصوا على أن كل لفظ لا ينعقد به النكاح تنعقد به الشبهة فقط — على أن النكاح كما ينعقد باللغة العربية ينعقد بأية لغة كانت ما دام كل من العاقدين والشهود يعرف أن المراد بذلك عقد الزواج .

١١٢ — وفى الشريعة المسيحية الغربية جرى الفقهاء من قديم الزمان على التفرقة بين اللفظ الدال على الحال واللفظ الموضوع للاستقبال . وقد كان الفقهاء لا يعتبرون العقد زواجاً إلا إذا كان قد انعقد بلفظ موضوع للحال *verba de præsenti* . أما الألفاظ الموضوعة للمستقبل *verba de futuro* ، فتنعقد بها الخطبة ، ولا ينعقد بها الزواج ؛ كما أنه قد كانت هناك فى العمل ألفاظ معينة ، هى الصيغة المعتبرة لانعقاد عقد الزواج .

ولـكن الفقيه Lombard قد نادى بأن العبرة بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمبانى وقد تغلب رأيه فى النهـاية واعتبرت الألفاظ مجرد وسيلة للتعبير عن الإرادة .

١١٣ — وقد قام التساؤل عما إذا كانت الإشارة تقوم مقام اللفظ فى التعبير عن الإرادة . والأصل فى الفقه الإسـلامى أنه إذا كان أحد العاقدين أخرس صح إيجابه أو قبوله بإشارته ، مما يدل على أن الإشارة لا تقوم مقام اللفظ إلا عند تعذره . وفى الفقه المسيحى الغربى كذلك نصوص صريحـة على أن الإشارة لا تقوم مقام اللفظ إلا عند تعذر الـكلام ، أو تعذر سماعه ، كما لو كان أحد العاقدين أخرس أو أصم . وقد صدر عن البابا الرومانى إينوسان الثالث ، مرسومان يجعلان الإشارة بمثابة اللفظ إذا كان أحد العاقدين أبكم أو أصم [١] .

وقد استقر هذا الحـكم بالتقنين المسيحى الغربى ، إذ تنص المادة ١٠٨٨/٢ على أن التعبير عن الإرادة يجب أن يتم من طريق الألفاظ ، ولا يجوز للمتعاقدين استعمال إشارات تعادلها إذا استطاعا النطق .

١١٤ — وقد انتقل هذا الحـكم إلى التقنين الـكاثوليكى الشرقى ، فنصت المادة ٧٩/٢ من هذا التقنين على أنه « على الخطيبين أن يعبرا عن رضاهما بالألفاظ ولا يجوز لهما استعمال إشارات تعادلها إذا استطاعا النطق » .

وقد نصت كذلك المـادة ١٧ من تقنين الأقباط الأرثوذكس على أنه : « يثبت رضاء الأخرس بإشارته إذا كانت معلومة ومؤدية إلى فهم مقصوده » .

---

(١) إسمان ، ١٨٦ .

١١٥ — ولكن هل يفهم من ذلك أن عقد الزواج من العقود اللفظية التي لا تنعقد إلا مشافهة ؟ أى هل يلزم لانعقاد عقد الزواج أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما بالألفاظ الدالة عليها ما لم يتعذر النطق ؟

عرفنا أن تبادل التعبير عن الإرادة قد اعتبر دائماً فى الفقه المسيحى الغربى جوهر الزواج ومكمن « السر » فيه . ومن ثم لزم فيه أن يقع التعبير عن الإرادة بوسيلة واضحة لا لبس فيها ولا إبهام . وقد كان الرأى فى القرن الثالث عشر أنه لابد لانعقاد الزواج من النطق بالعبارات الدالة على الإيجاب والقبول . ولكن بعد أن نادى الفقيه « لومبارد » بأن العبرة فى العقود بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمبانى ، إذا بفريق كبير من الفقهاء وعلى رأسهم Hostiensis لا يرون ضرورة التفوه بالألفاظ الدالة على التراضى . وقد انتهى الرأى فى القرن الخامس عشر إلى أن الزواج كما ينعقد بالقول ينعقد كذلك بالإشارة أو بالكتابة ، شأنه فى ذلك شأن أى عقد رضائى آخر [١] .

وقد استقر هذا الحكم بالمادة ١٠٨٨/٢ من التقنين الكاثوليكى الغربى ، حيث لا تجعل لاستعمال الإشارة بدلاً من العبارة مع تمكن العاقد من العبارة ، أثراً فى انعقاد الزواج . ولكن قد بقى من الرأى القديم أن الكتابة لا ينعقد بها ، العقد فى الأصل ، على ما سوف نبين ، وأن انعقاد العقد ، فى غير صورة الأبكم أو الأصم ، من طريق الإشارة ، يعتبر مكروهاً .

١١٦ — أما الفقه المسيحى الشرقى ، فلم يعر فى مبدأ الأمر التعبير عن

---

(١) وقد ورد بمجموعة « الدكريتال » أن العلامات الظاهرة الدالة على الرضا تكفى لانعقاد العقد ولو صدرت عن شخص يستطيع الكلام .

الإرادة أهمية خاصة ، ذلك أن هـذا التعبير كان يقع فى مختلف الشرائع المسيحية الشرقية عند انعقاد الخطبة ، لا عند إتمام الزواج . وقد سبق أن قلنا إن مكمن « السر » عند الشرقيين يتمثـل فى الطقوس الدينية التى يتم بها الزواج ، لا فى العبارات الدالة على التراضى . على أن التراضى أمر لا بد منه ، فـكيف كان يتم فى مختلف هذه الشرائع ؟

١١٧ — فى الفقه البيزنطى — كان الزواج يتم على مرحلتين ، كما عرفنا . ولم يكن الأمر فى حاجة إلى تبادل التعبير عن الإرادة عنـد القيام بمراسم التتويج التى يتم بها الزواج . وقد رأى بعض علماء الكلام البيزنطيين فى خلال القرنين الخامس عشر والسادس عشر أن تبادل التعبير عن الإرادة عنـد القيام بمراسم الزواج أمر ضرورى ، ولـكن هذا الرأى لم يعمل به طويلا .

على أن الطوائف التى انضمت إلى البابا الرومانى ، قد تطلبت هذا التبادل . وقد صدر عن مجمع أورشليم الذى انعقد فى سنة ١٨٤٩ قرار بهذا المعنى .

وقد عرفنا أن أمر الخطبـة قد تلاشى فى الزمن الأخير ، وبذلك ظهرت أهمية التراضى عند إتمام المراسم الدينية ، ولـكن الشريعة البيزنطية لم تشترط فى التعبير عنه الشروط التى كان يشترطها الفقه المسيحى الغربى .

١١٨ — فى الفقه الكلدانى — كان يتم التراضى فى الفقه الـكلدانى القديم أمام الـكاهن والشهود عند الخطبة وتبادل الخاتم ، حيث كانت المخطوبة تحتفظ بالخاتم دلالة على القبول أو ترده دلالة على الرفض[1] .

---

(١) وقد كانوا يدونون تراضى الطرفين كتابة على لوحتين (دوفلليه ، ص ٥٦) .

أما عند انتقال المخطوبة إلى منزل الزوجية وتمام المرحلة الثانية ، فلا يقع تراض جديد ، بل كان الأمر فى البداية لا يحتاج إلى طقوس دينية .

وقد حدث فى وقت من الأوقات أن تأثر الفقه الكلدانى بالشريعة الإسلامية ، كما قدمنا ، وإذا بالإيجاب والقبول يصدران لا عند الخطبة ولكن بعد ذلك وقبل الانتقال إلى منزل الزوجية ، عند إبرام ما يسمونه « بالعقد » . فكان يتم وقتئذ تبادل التعبير عن الإرادة بوساطة الكاهن وبحضور عدد من الشهود .

وقد تلاشى عندهم هذا العرف الآن ، وأصبح التراضى يقع على يد الكاهن عند التتويج الذى يتم به الزواج .

١١٩ — فى الفقه السريانى — وكذلك الحال فى الفقه السريانى . فالتراضى كان يتم عند الخطبة أى فى المرحلة الأولى من مرحلتى عقد الزواج ، حيث كان يمثل المرأة وكيلها ، وهو لا يمثلها إلا بعد أن يكون قد حصل منها على رضاها شفوياً إذا كانت ثيباً . أما إذا كانت بكراً فسكوتها يكفى . وهذا التراضى يتم على يد كاهن ، بحيث لا يعود الأمر فى حاجة إلى تراض جديد فى المرحلة الثانية أى عند إقامة وليمة العرس والدخول .

وقد تأثر السريان كما تأثر الكلدان بالشريعة الإسلامية ، وجعلوا من « العقد » مرحلة وسطى تقع ما بين الخطبة والدخول . وعند ما ظهر « العقد » عندهم ، أصبح التراضى يتم عند إبرامه ، وما العقد سوى الإيجاب والقبول .

هذا ويلاحظ أن السريان الكاثوليك قد تأثروا بالفقه الغربى وتطلبوا

وقوع التراضى بالألفاظ الدالة على الحال ، عند إتمام مراسم التتويج . وقد صدر عن المجمع السريانى الـكاثوليكى فى سنة ١٨٨٨ قرار يقضى بأن الزواج هو عبارة عن التراضى المعبر عنه وفقاً للشرع . وأما التتويج فهو مجرد شكل ويفترض التراضى .

١٢٠ — **فى الفقه المارونى** — تأثر الفقه المـارونى بالفقه الغربى ، فاعتبر الخطبة منذ القرن الرابع عشر مجرد تواعد على الزواج . ولذلك فإن التراضى قد تطلب الفقه المـارونى وقوعه عند إتمام مراسم التتويج . وقد صدر قرار عن المجمع المارونى المنعقد فى سنة ١٧٣٦ ، يقضى بأن على الـكاهن أن يسأل الطرفين عن رضاهما بالزواج قبل القيام بالطقوس الدينية .

١٢١ — **فى الفقه الأرمنى** — وقد كان الأرمن فى البداية يتطلبون تبادل العبارات الدالة على التراضى فى المرحلة الأولى . وإن لم يقع ففى المرحلة الثانية وقبل إتمام المراسم الدينية . ومن الثابت أنه لم تـكن هذه المراسم فى مبدأ الأمر تتضمن إشارة إلى تبادل التعبير من الإرادة .

وقد تلاشى شأن الخطبة عندهم كذلك وتأخر تبادل التراضى إلى حين إتمام مراسم التتويج ، ومن انضم منهم إلى المذهب الـكاثوليكى يجعل للتراضى شأنه ، كما هى الحال عند الغربيين . وقد صدر عن المجمع الأرمنى الكاثوليكى قرار يقضى بأن التعبير عن الإرادة يجب أن يتم على صورة ظاهرة وإن لم يكن من الضرورى أن تصدر به ألفاظ .

١٢٢ — **فى الفقه القبطى** — لم يكن للمرحلة الأولى من مرحلتى الزواج

عند الأقباط الشأن الذى كان لهـا عند الطوائف الشرقية الأخرى . ومع ذلك فإن التراضى كان يقع عند الإملاك ، حيث يتبادل الطرفان الخاتم والصليب أمام كاهنين اثنين و يتفقان على المهر . وقد صرح ابن العسال بأن هذا التراضى قد يتم كتابة أو بوساطة وكيل .

أما عند إجراء مراسم التتويج فلم يكن على الطرفين فى الأصل أن يعبرا مجدداً عن إرادتهما فى الزواج . ولذلك نجد فقهاء القرن الثالث عشر لا يذكرون شيئاً عن تبادل التعبير عن التراضى عند الزواج . ولـكن حدث بعد ذلك أن تأثر الفقه القبطى بالشريعة الإسلامية و إذا بالـكاهن يحرص على تلقى تراضى الطرفين قبل التتويج فيقع « العقـد » — على أن الزواج لا يعتبر تاماً إلا « بالإكليل » . و يلاحظ أن هـذا التراضى لا يصدر عن الوكيل كما فى الإملاك ولـكنه يتعين صدوره عن الزوجين هما نفسهما .

هذا ، وقد تأثر الأقباط الـكاثوليك بالفقه الغربى واشترطوا تبادل التراضى عند الزواج منذ سنة ١٧٦١ ، وهم لا يشترطون صدوره أمام كاهن . وقد صدر عن مجمع الأقباط الـكاثوليك المنعقد فى سنة ١٧٦١ قرار يقضى بأن التراضى على الزواج يجب أن يقع بتعبير يدل على الحال و بعلامات ظاهرة .

١٢٣ — فى التقنينات الشرقية الحديثة — وقد أدى ذلك التطور عند الطوائف الـكاثوليكية كلها إلى الحـكم الذى نصت عليه المادة ٧٩ من التقنين الـكاثوليكى الشرقى ، وهى تقضى بأنه : « على الخاطبين أن يعبرا عن رضاهما بالألفاظ ولا يجوز لهما استعمال إشارات تعادلها إذا استطاعا النطق » . على أنا قد بينا أن هذا النص لا يفيد بطلان الزواج المنعقد بغير الألفاظ ، متى ثبت التراضى ،

ولكن الزواج يكون فقط فى هذه الصورة معيباً ديانة .

أما عند الطوائف الأرثوذكسية ، فلا توجد نصوص تضع شروطاً للتعبير عن الإرادة . فالأصل أن يقع التعبير بالألفاظ أو بأية وسيلة أخرى تدل على المعنى المقصود دلالة ظاهرة . ولذلك نصت المادة ١٧ من تقنين الأقباط الأرثوذكس على أنه : « يثبت رضاء الأخرس بإشارته إذا كانت معلومة ومؤدية إلى فهم مقصوده » .

وهذا النص لا يمكن تأويله على أنه يجعل كل وسيلة أخرى غير الألفاظ مرفوضة فى حق الناطق[١] ، ذلك أن التراضى فى الفقه المسيحى الشرقى لم يخضع أبداً لأية أوضاع خاصة ، وهو كان يستفاد ضمناً فى الماضى من مجرد حضور الطرفين إجراءات التتويج[٢] .

٢ — السكوت والتعبير الضمنى

١٢٤ — فى القانون الوضعى ينعقد العقد بالتعبير الصريح كما ينعقد بالتعبير الضمنى ، ويكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا كان المظهر الذى اتخذه ليس فى ذاته موضوعاً للكشف عنها ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة[٣] . أما السكوت فالأصل أنه ليس بتعبير عن الإرادة ، ولكنه قد يعتبر كذلك فى بعض الظروف والملابسات .

---

(١) عكس ذلك : حلمى بطرس ، ١٧٨ .

(٢) ابن العبرى ، كتاب الهدى ، ٨ : ٣ .

(٣) السنهورى ، الوسيط ، ١ : ٧٦ .

وفى الشريعة الإسلامية حيث يكون الزواج قد عقده عن الزوجة وليها يكون للزوجة بعد بلوغها خيار الفسخ ولكن خيارها يبطل بسكوتها إذا كانت ثيباً ولا يبطل إذا كانت بكراً . وقد عللوا ذلك بقولهم إن السكوت دليل على الرضا من البكر دون الثيب . فالبكر تستحى من إظهار الرغبة فى الزواج ولكنها لا تستحى من الرد فيكون سكوتها دليلاً على ما يحول الخيار بينها وبينه وهو الرضا .

وكذلك إذا عقد العقد وليها وكانت بالغة عاقلة وعلمت بالزواج والمهر فسكتت مختارة أو بدا منها ما يدل على الرضا بحسب قرائن الأحوال كأن تبسمت أو ضحكت غير مستهزئة فذلك كله إذن فى صورة استئذانها قبل العقد ، و إجازة بعده — فيما لو كانت بكراً لا ثيباً .

هذه هى الصورة التى ينعقد بها النكاح من طريق السكوت فى الشريعة الإسلامية .

١٢٥ — وفى الشريعة المسيحية الغربية كانوا فى الأصل يشترطون التعبير الصريح باللفظ ، ولكنهم انتهوا على ما عرفنا إلى الاكتفاء بكل ما يدل على الرضا من أفعال[١] .

وفى وقت من الأوقات كان التراضى يفترض افتراضاً إذا تم الدخول بعد

---

(١) وهناك نصوص تشير إلى أن سكوت البكر يعتبر رضا منها بالزواج فيما لو وافق عنها أقاربها دون أن تبدى هى أى اعتراض . (راجع مجموعة القديس توما الاكوينى ، فى الزواج ، المسألة ٤٥ ، البند ٢) . ولكن الرأى المعمول به الآن فى الفقه المسيحى الغربى أن سكوت البكر لا يعتبر دليلاً على الرضا وأن الزواج الذى اكتفى فيه بالموافقة الصادرة عن والد البنت دون أن تبدى هى اعتراضاً زواج باطل .

الخطبة ، أو بعد الزواج المعلق على الشرط ولو لم يكن الشرط قد تحقق بعد ، أو بعد الزواج الذى عقده البالغ فيما لو تم الدخول بعد البلوغ . ولكن هذه الصور الثلاث قد زال كل أثر لها فى الوقت الحاضر . ولذلك لا يعتبر الدخول فى هذه الأحوال الثلاث تعبيراً ضمنياً من التراضى فى ظل التقنين الكاثوليكى الحديث .

والقاعدة الآن كما وضعها ذلك التقنين أن التعبير يجب الإفصاح عنه بالألفاظ ، ولكن إذا ثبت التراضى ، من غير طريق الألفاظ ، على صورة لا تحتمل الشك ، انعقد العقد .

١٢٦ — أما فى الفقه المسيحى الشرقى ، فالتراضى لا تشترط فى التعبير عنه أية شروط ، وهو كان يقع قديماً فى المرحلة الأولى من مرحلتى عقد الزواج .

وقد ورد فى النصوص الشرقية القديمة أن سكوت البكر يفيد رضاها ، فعند السريان تتم الخطبة بقبول المخطوبة للخاتم ، وكذلك نص الفقهاء السريان على أن سكوتها كاف لانعقاد المرحلة الأولى . وقد جاء بالمادة ٥٠ من مجموعة ابن العسال أن رضاء الزوجة قد يستفاد من سكوتها .

ويلاحظ هنا أن الشريعة المارونية كانت تعتبر فى وقت من الأوقات الدخول اللاحق للخطبة تعبيراً مفترضاً عن الزواج ، ولكن هذه القاعدة ألغاها صراحة المجمع المارونى .

وقد انتهت الطوائف الكاثوليكية الشرقية إلى الوضع الذى انتهى إليه

التقنين الغربى ، فتضمنت المادة ٧٩ الحكم الذى أخذ به ذلك التقنين ، على ما أوضحناه فيما تقدم .

أما الطوائف الأرثوذكسية ، فلا حائل فى تقنيناتها يحول دون الأخذ بالسكوت فى بعض الحالات ، والأصل عندهم أن التراضى قد يستفاد من واقعة حضور حفلة التتويج . على أن المراسم الدينية التى تأخذ بها هذه الطوائف فى الوقت الحاضر قد تتطلب سؤال كل من العاقدين عن رغبته فى الزواج ، فيقع الجواب فى العادة فى صورة ألفاظ صريحة . وهنا نلاحظ أن صدور السؤال والجواب يعتبر فى الحقيقة جزءاً من المراسم الشكلية التى سوف يجىء الكلام عليها تفصيلاً ، أما التراضى هو نفسه فلا تشترط فيه أية صورة خاصة[١] .

٣ — التعبير بالكتابة

١٢٧ — إذا كان العاقدان حاضرين بمجلس العقد ، فإن التعبير بالكتابة لا يكون جائزاً إلا حيث يقوم العقد على مجرد التراضى ، فتعتبر الكتابة وسيلة من وسائل التعبير عن هذا التراضى .

وقد عرفنا أن العقد فى الشريعة الإسلامية ينعقد بالألفاظ فى الأصل ، ولا يصار إلى غيرها إلا عند تعذر النطق بها . وهم قد أجازوا لذلك الكتابة عند ما يكون أحد العاقدين أخرس ، لا بل إن الكتابة على رواية كتاب « الأصل » أدل على المراد من الإشارة وأبعد عن الاحتمال ، فوجب المصير إليها عند المقدرة

---

(١) قارن حلمى بطرس ، ١٧٦ .

عليها . أما فى رواية « الجامع الصغير » فتصح تصرفات الأخرس كلها بإشارته مع قدرته على الكتابة . وقد أخذت لائحة المحاكم الشرعية بعدم اعتبار إشارة الأخرس ما دام قادراً على الكتابة (المادة ١٢٨) .

١٢٨ — هذا فيما بين الحاضرين ، أما إذا كان أحد العاقدين غائباً ، فإن النكاح فى الشرع الإسلامى ينعقد صحيحاً بالكتابة . وصورة ذلك أن يكتب إلى مخطوبته ما يدل على إرادته التزوج بها فإذا بلغها الكتاب أحضرت الشهود وقرأته عليهم وقالت زوجت نفسى منه . (أحمد ابراهيم ، فقرة ٣٢) .

١٢٩ — أما فى الشريعة المسيحية الغربيـة ، فقد كان يمتنع العقد بالكتابة ، عند ما كانت الألفاظ معتبرة شرطاً من شروط انعقاده . ولـكن الفقيه لومبارد قد أجاز التعبير عن التراضى بالكتابة كما أجازه بأية طريقة أخرى[١] ، هذا فيما إذا كان العاقدان حاضرين بمجلس العقد .

أما بين الغائبين ، فقد ثار الإشكال . ذلك أن العقد لم يكن رضائياً تماماً عند الرومان فى وقت من الأوقات ، ولذلك لزم حضور المرأة عندهم ؛ ثم إن عقد الزواج عندما كانت تشترط لانعقاده المكالمة ، كان يستعصى أمر انعقاده ما بين الغائبين ، والمعروف فى الفقه الرومانى أن العقـد اللفظى لا ينعقد من طريق الكتابة أو الرسالة فيما بين الغائبين .

ولـكنهم لما لاحظوا أن التراضى هو جوهر العقد ، رتبوا على ذلك أنه باعتباره من العقود الرضائية ، يمكن أن ينعقد بوساطة الرسول أو الخطاب .

---

(١) إسمان ، ص ١٨٧ .

ولذلك انتهوا إلى إجازة انعقاد الزواج ما بين الغائبين من طريق الكتابة . وقد صدر بذلك المعنى مرسوم عن البابا إينوسان الثالث .

على أن التقنين الكاثوليكى الغربى الصادر فى سنة ١٩١٧ قد أبطل الزواج ما بين الغائبين من طريق الكتابة . وقد كان المعمول به من قبل أن يرسل أحد العاقدين خطاباً إلى الكاهن وكان الكاهن يقرأ الخطاب أمام الطرف الآخر ، فيقبل الطرف الآخر أمامه العقد ، فيتم التراضى .

١٣٠ — وقد انتقلت هذه الأحكام إلى التقنين الكاثوليكى الشرقى ، فقد نصت المادة ٧٩/١ من ذلك التقنين على أنه : « من الضرورى لعقد زواج صحيح حضور المتعاقدين بشخصهما أو بواسطة وكيل عنهما » .

أما الشرائع الشرقية الأرثوذكسية ، فلا تشير إلى إمكان التعبير عن التراضى من طريق الكتابة . ولكن يلاحظ أن ابن العسال قد ذكر بالمادة ٢٦ من مجموعته أن الخطبة تصح بالكتابة أو بالواسطة ، وإن كان الخاطب فى ولاية الغير صحت خطبة وليه « إما بنفسه أو بالكتابة أو بمن يرضاه واسطة » . هذا عن الخطبة ، أما عقد التزويج هو نفسه ، فلم يرد بشأنه مثل هذا الحكم ، والظاهر أن انعقاده من طريق الكتابة فيما بين الغائبين أمر متعذر لأن حضور الطرفين حفل التتويج من صميم الزواج فى الشرائع الشرقية الأرثوذكسية .

٤ — التعبير بوساطة الرسول

١٣١ — فى الشريعة الإسلامية قد ينعقد العقد ما بين الغائبين أيضاً بوساطة الرسول . والرسول ينقل الإيجاب من الخاطب إلى مخطوبته فإذا أسمعها الرسول عبارة المرسل وأجابت بالقبول تم العقد لوجود طرفيه معاً فى مجلس واحد وهما الإيجاب على لسان الرسول وهو سفير ومعبر فقط والقبول على لسان الزوجة . وكذا يصح أن ترسل هى ويقبل الزوج (أحمد ابراهيم ، ٣١) .

١٣٢ — وفى الشريعة المسيحية الغربية ، أصبح انعقاد العقد بوساطة الرسول جائزاً ، عندما أصبح انعقاده جائزاً فيما بين الغائبين عن طريق الكتابة . وهم قد تقبلوا ذلك على اعتبار أن الرسول يتلفظ بالعبارات المطلوب صدورها من المرسل فيكون الرسول معبراً وسفيراً عن الزوج أو الزوجة . وقد صدر بذلك المرسوم البابوى السابق الإشارة إليه عند الكلام فى الكتابة .

وقد انتهى الأمر إلى اعتبار الرسول وكيلاً ، ولم يبق أثر واضح للتفرقة ما بين الرسول والوكيل فى الفقه المسيحى الغربى[(١)] .

١٣٣ — أما الفقه المسيحى الشرقى ، فلا تعرض آثاره للرسول ، وما يقال

---

(١) يلاحظ أن المادة ١٠٩٠ من التقنين الغربى تبيح التعبير عن الإرادة بوساطة « مترجم » . والمترجم هنا يقوم بنقل العبارة إلى اللغة التى يفهمها الطرف الآخر ، فهو بمثابة رسول . ولكن الفرض هنا أن العقد لا يقع بين غائبين .

ولا مقابل لهذا النص بالتقنين الكاثوليكى الشرقى . ولكن قد تقضى الضرورة بالالتجاء إلى مترجم (راجع DE CLERQ, *Un nouveau droit canonique oriental*, in Archives d'Histoire du Droit Oriental, IV, 229).

فى الكتابة كوسيلة للتعبير عن التراضى فيما بين الغائبين ، يقال مثله فى الرسالة .

٥ — الوكالة بالزواج

١٣٤ — الأصل فى العقد الشكلى ألا تكون فيه نيابة . ولذلك لا يجوز التوكيل بالزواج فى القانون الفرنسى . ولما كان الزواج قد اعتبر فى القانون الرومانى من العقود الرضائية ، فإن التوكيل بالزواج كان جائزاً عند الرومان . على أن الحقوق والالتزامات الناشئة من العقد كانت لا تنشأ أولاً فى ذمة الوكيل لتنتقل بعد ذلك إلى ذمة الأصيل ، وفقاً للأحكام العامة للوكالة فى القانون الرومانى . فالواقع أن النيابة كانت هنا نيابة كاملة على خلاف الأصل العام المعمول به فى القانون الرومانى .

١٣٥ — وفى الشريعة الإسلامية كذلك تجوز الوكالة بالزواج . و « حقوق العقد » تكون للموكل لا للوكيل على خلاف الأصل العام الذى تخضع له عقود التمليك فى الفقه الإسلامى . فالمعروف أنه إذا عقد العقد الوكيل فإن حقوق العقد تكون للوكيل وعليه وإن ثبت الحكم للأصيل مباشرة . وقد قالوا فى الزواج إن الوكيل مضطر لإضافة العقد إلى الأصيل ، ومن ثم يكون الوكيل بمثابة معبر وسفير أى مجرد رسول ، فتنشأ الحقوق فى ذمة الأصيل مباشرة .

بل إن الفقه الإسلامى قد أجاز انعقاد الزواج بوساطة وكيل واحد يكون قد وكله كلا الطرفين بالزواج . وقد يتولى الشخص الواحد طرفى العقد بطريق الإصالة عن نفسه والوكالة عن صاحبه .

ولا يشترط لصحة الوكالة بالنكاح الإشهاد عليها ، وإن كان النكاح هو نفسه لا يصح إلا بالإشهاد عليه .

ويستطيع الوكيل بالنكاح أن يوكل غيره إذا أذنه بذلك موكله أو فوض إليه الأمر .

فالنيابة إذاً كاملة فى الفقه الإسلامى ، فى باب الزواج .

١٣٦ — أما الفقه المسيحى الغربى ، فقد تقبل الوكالة بالزواج عند ما توضحت فيه رضائية عقد الزواج . وقد عرفنا أن الرضائية قد مكنت لظهور الرسول . ولكن الفقه المسيحى الغربى لم ير فرقاً ما بين الرسول والوكيل فى باب الزواج ، ولذلك فقد انتهى به التطور إلى إجازة الوكالة بالزواج .

على أنه قد اشترط لصحة التوكيل بالزواج ، أن يكون هناك توكيل خاص وأن يكون من حق الموكل عزل وكيله متى شاء قبل إبرام عقد الزواج . ومن المسلم فى هذا الفقه أن الوكيل لا يستطيع أن يوكل غيره ، بل عليه أن يقوم هو نفسه بالمهمة الموكولة إليه .

١٣٧ — ولما صدر التقنين الكاثوليكى الغربى فى سنة ١٩١٧ ، تضمنت نصوصه أحكام الوكالة بالزواج ، وهى قد اعتبرت فيه جائزة بشرط أن يكون هناك مقتض قد اقتضاها (المادة ١٠٩١)[١] .

---

(١) تساءل البعض (حلمى بطرس ، ١٧٩) كيف يتأتى جواز التوكيل بالزواج مع امتناع الرسالة فيه ؟ فاعتبروا الحكم الوارد بالمادة ١٠٩١ من التقنين الغربى متجافياً مع المنطق . والواقع أن الوكيل بالزواج هو على حد تعبير الفقهاء الإسلاميين سفير ومعبر عن إرادة العاقد =

وقد نصت المادة ١٠٨٩ على أن التوكيل يجب أن يكون توكيلاً خاصاً ورد به اسم الطرف الآخر فى العقد ؛ كما يجب أن يكون مكتوباً وموقعاً عليه من الموكل والكاهن أو من الموكل وشاهدين اثنين .

ومن الأحكام التى استبقاها هذا التقنين عدم جواز الإنابة فى الوكالة بالزواج ، وسقوط الوكالة بالعزل .

١٣٨ — فى الفقه المسيحى الشرقى — كان التوكيل فى الفقه المسيحى الشرقى يقع فى المرحلة الأولى من مرحلتى عقد الزواج ، لا بل إن هذه المرحلة كانت تتم فى العادة على يد وكيل الزوج ووكيل الزوجة . فالصورة العادية لتبادل التعبير فى الفقه المسيحى الشرقى القديم هى الصورة التى يقوم فيها بالتعبير وكيلا العاقدين .

وفى الفقه الكلدانى ، كان « العقد » الذى حل محل الخطبة القديمة ، يعقده الوكيلان ، وقد كانا يتصافحان باليد اليمنى ، فيدل ذلك على التراضى . والشخص الذى يعقد العقد عن الزوج أو الزوجة يسمى فى مؤلفات الفقهاء الكلدان « وكيلاً » باستعمال اللفظ العربى ، مما يشعر بأن نظام « العقد » مقتبس عن الفقه الإسلامى .

وفى الفقه السريانى ، كانت تقتصر الوكالة فى العادة على الزوجة ، فقد كانت

= فهو بمثابة الرسول . ويكون التقنين الغربى قد أجاز فى الحقيقة انعقاد العقد بوساطة الرسول ، حيث تكون رسالته ثابتة على وجه اليقين بالصورة التى أوردها التقنين . أما الذى منعه التقنين فهو انعقاد العقد عن طريق المراسلة ، أى بإرسال خطاب يقرأ على العاقد الآخر أمام الكاهن ، على ما سبق أن قلنا فيما تقدم .

المرأة لا تظهر أبداً فى الحفـل الذى يتم فيه تبادل عبارات التراضى . ولذلك كان ينوب عنها وكيلها ، ويسمى فى هذا الفقه « قيماً » باستعمال اللفظ اللاتينى *curator* . والواقع أن هذا القيم كان فى العادة من عصبة المرأة ، وعند عدمهم من ذوى الأرحام ، وعند عدمهم ، من الأساقفة . على أن للمرأة أن تختار وكيلها ويشترط فيه ألا يكون أدنى حالاً منها .

وفى الفقه القبطى ، قد كان « الإملاك » يتم على يد وكيل ، وقد أجاز ابن العسال (راجع المادة ٢٦) الخطبة « بالواسطة » . ولو عقد الخطبة ولى الخاطب أو المخطوبة صحت خطبته ، بنفسه أو بالكتابة أو بمن يرضاه واسطة . والظاهر أن المقصود بالخطبة هنا هو الإملاك[١] .

١٣٩ — على أنه بعد أن اندمج الإملاك فى حفل التتويج ، أصبح التعاقد بوساطة الوكيل غير جائز . ذلك أن حضور الطرفين هـذا الحفل مطلوب لإتمام المراسم الشكلية التى ينعقد بها الزواج ، ومنها تبادل التعبير عن التراضى .

وكذلك فى الطوائف الشرقية الأرثوذكسية الأخرى ، بعـد أن انكمش شأن الخطبة وتأخر تبادل التعبير إلى الوقت الذى تتم فيه المراسم الدينية ، لم يعد من المستطاع التوكيل بالزواج . وقد خلت لذلك التقنينات الشرقية الأرثوذكسية الحديثة من أية إشارة إلى الوكالة بالزواج .

١٤٠ — أما الشرقيون الكاثوليك ، فقد تأثروا منذ زمن بعيد بالفقه الغربى ، وظهر ذلك الأثر فى قرارات مجامعهم . فى سنة ١٧٣٦ انعقد المجمع

---

(١) حلمى بطرس ، ١٨٢ .

المارونى ، وكان من بين قراراته أن التوكيل بالزواج جائز بشرط أن يكون التوكيل خاصاً ومعيناً فيـه اسم الطرف الآخر وعلى أن يكون من حق الموكل الرجوع فى وكالته . وقد قرر كذلك المجمع الملكى الكاثوليكى المنعقد فى سنة ١٨٤٩ جواز التوكيل بالزواج . والمجمع السريانى المنعقد فى سنة ١٨٨٨ اشترط لصحة الوكالة بالزواج فضلاً عن الشروط التى اشترطها المجمع المارونى أن تكون الوكالة رسمية وأن يمتنع على الوكيل توكيل غيره . واشترط المجمع الأرمنى المنعقد فى سنة ١٩١١ أن يكون التوكيل بالكتابة وأن يكون قد صدق عليه الرئيس الدينى .

وظاهر أن هذه الأحكام مقتبسة فى الجملة عن الفقه الغربى . وقد صدر فى سنة ١٩٤٩ التقنين الكاثوليكى الشرقى موحداً هذه الأحكام على الصـورة الآتية :

تقرر المادة ٨٠ من هذا التقنين أن الوكالة بالزواج وإن كانت جائزة إلا أنها لا تكون مقبولة إلا إذا أذن بها كتابةً الرئيس الدينى . والرئيس الدينى لا يأذن بها إلا فى حالة الضرورة فقط أى عند تعذر حضور الطرفين حفل الزواج .

وهى بعد الإذن بها يجب أن يحرر بها الموكل وثيقة ، إلا إذا تعذرت عليه الكتابة ، فيحتاط لذلك باشتراط توقيع شاهد آخر على الوثيقة . ووثيقة التوكيل فى الأصـل يوقعها الموكل والكاهن أو الرئيس الدينى وشاهدان إثنان . (المادة ٨١) .

أما عن الشروط الموضوعية ، فقد نصت المادة ٨١ على أن الوكالة بالزواج لا تكون صحيحة إلا إذا كانت وكالة خاصة ، وكان قد ذكر بهـا الموكل إسم الشخص الذى يريده زوجاً . كما أنها تجعل من الوكالة بالزواج عقـداً غير لازم

ينقضى بالعزل ، إذا ما بدا للموكل أن يعزل وكيله قبـل أن يكون قد أبرم عقد الزواج . وهى تنقضى أيضاً إذا أصيب الموكل بالجنون ، قبل إبرام عقد الزواج . وفى حالتى الانقضاء المشار إليهما لا يحول دون وقوعه جهل الوكيل أو الطرف الآخر بالواقعة التى أدت إليه : العزل أو الجنون .

وأخيراً ينص التقنين الكاثوليكى الشرقى صراحةً على منع الوكيل بالزواج من توكيل غيره . ويضيف إلى ذلك أن الموكل لا يستطيع أن يكل لغيره تعيين شخص الوكيل بالزواج .

هذا ومما تجب الإشارة إليه أن مراسم الزواج عند جواز الوكالة تتم بحضور الوكيل ، كما لو كان هو الأصيل تماماً (المـادة ٨٢ من التقنين الـكاثوليـكى الشرقى) .

٦ — انعدام الرضا

١٤١ — لمـا كان عقد الزواج يقوم على التراضى ، فإن العقد لا يكون منعقداً إذا كان التعبير الصادر عن أحد العاقدين أو عن كليهما لا ينم عن التراضى كما لو كان أحد التعبيرين لا يطابق الآخر مطابقة تامة أو إذا لم يصدر القبول عقب الإيجاب دالاً على التوافق .

وكذلك لا تراضى هناك ولا عقد إذا كان أحد الطرفين مجنوناً ، ذلك أن المجنون لا إرادة له وعبارته غير معتبرة ؛ كما أنه لو صدر التعبير عن أحد العاقدين أو عن كليهما دون أن يكون مرتكزاً على إرادة حقيقية فإن العقد يكون صورياً . ونحن سنتناول هنا بالبحث حكم العقد إذا كان أحد طرفيه مجنوناً ، ثم حكمه فيما لو كان صورياً .

(ا) زواج المجنون

١٤٢ — لم يعتبر القانون المدنى الفرنسى الجنون مانعاً من موانع الزواج . ولكنه اشترط التراضى لانعقاد الزواج ، وقد رتب الفقهاء على ذلك أن الزواج الذى يعقده المجنون يكون غير منعقد قانوناً تأسيساً على أن المجنون رضاؤه غير معتبر ، فهو لا يعى ما يقول [١] . ومن ثم لو كان الجنون متقطعاً ، وعقد العقد فى وقت الإفاقة ، اعتبر العقد صحيحاً حتماً . وهذا الحكم قد استقر فى فرنسا منذ عهد پوتييه Pothier ، ولا يزال القضاء الفرنسى يحكم بصحة الزواج الذى يكون قد عقده المجنون فى فترة من فترات الإفاقة . وهذا كله بافتراض أن المجنون لم يحجر عليه بعد ، أما إذا كان قد صدر حكم بالحجر عليه ، فإن العقد الذى يكون قد عقده المجنون يعتبر غير صحيح تأسيساً على فقدان الأهلية لدى العاقد . على أنهم مع ذلك قد ذهبوا إلى أن المجنون المحجور عليه هو نفسه يستطيع أن يعقد زواجاً صحيحاً فى أوقات الإفاقة [٢] .

ولكن ما حكم الزواج الذى يعقده المجنون ، فى غير حالة الإفاقة ؟ الرأى المعمول به فى فرنسا الآن هو أن العقد يكون فى هذه الصورة باطلاً بطلاناً مطلقاً . وقد كان الفقهاء الذين أقاموا فى الفقه الفرنسى نظرية « عدم الانعقاد » إلى جانب نظرية البطلان وذلك بمناسبة عقد الزواج بالذات ، يدخلون هذه الحالة ضمن حالات « عدم الانعقاد » . ولكن القضاء الفرنسى كان لا يسايرهم فى

---

(١) أما الصبى غير المميز فالذى يجعل عقده باطلاً فى القانون الفرنسى هو انعدام أهلية الوجوب ، ذلك أنه قبل سن المراهقة التى حددها القانون لا ينعقد الزواج صحيحاً — دون نظر فى ذلك إلى التمييز أو عدمه ، وسواء أكان العاقد هو الصغير أم وليه .

(٢) وهذا القضاء يبدو منتقداً . (راجع پلانيول وزواست ، ص ٨٧ والحاشية ١) .

هذا الاتجاه ، بل كان على النقيض من ذلك يعتبر العقد الصادر من المجنون باطلاً بطلاناً نسبياً فقط ، بحيث لا يكون حق الإبطال هنا لغير الطرف الذى أراد القانون حمايته[١] . هذا إلى أن صدر قانون ١٩ فبراير سنة ١٩٣٣ الذى قضى بوجوب اعتبار هذه الحالة من حالات البطلان المطلق .

ويقاس على حال المجنون حال النائم بفعل التنويم المغنطيسى ، وكذلك حال من تعاقد وهو سكران . ففى مختلف هذه الصور لا يكون للشخص إرادة ، ولا يكون العقد صحيحاً ، بسبب فقدان التمييز .

١٤٣ — وفى القانون الرومانى ، ليس للمجنون قول معتبر ، ولذلك فإن زواجه شأنه فى ذلك شأن عقوده الأخرى ، لا يكون صحيحاً مالم يصدر عنه فى وقت من أوقات الإفاقة (الجامع ، ١ : ٢٣ : ٢ : ١٦) . ولا يحتاج الأمر فى القانون الرومانى إلى توقيع الحجر بحكم قضائى على المجنون . ومن ثم تكون تصرفات المجنون باطلة على أساس فقدانه لأهلية التصرف فقداناً طبيعياً ، أو كما نقول نحن على أساس عدم التمييز . والقيم *curator* الذى له الولاية على نفس المجنون وماله ، ترتفع سلطاته مؤقتاً فى حالة الإفاقة ، ولذلك فإن المجنون فى حالة الجنون المتقطع يستطيع أن يعقد زواجاً صحيحاً . أما فى حالة الجنون المطبق ، فانه يفقد أهلية الأداء فقداناً تاماً .

١٤٤ — وفى الشريعة الإسلامية ، يعتبر الجنون عارضاً من عوارض الأهلية ، فيفقد معه الشخص أهلية التصرف فقداناً تاماً . ولذلك فإن جميع العقود التى يعقدها المجنون تعتبر فى الشريعة الإسلامية باطلة ، ولا حاجة لاعتبار المجنون

---

(١) ويلاحظ أنهم فى فرنسا لايعتبرون بوجه عام العقد الذى يعقده فاقد التمييز باطلاً بطلاناً مطلقاً ، بل يعتبرونه باطلاً نسبياً على خلاف الحكم فى القانون المصرى .

محجوراً عن التصرفات إلى صدور قرار من القاضى بالحجر عليه . على أنا سوف نعرف أن لمن له على المجنون ولاية النفس ، أن يزوجه ؛ ويكون الزواج فى هذه الصورة صحيحاً [١] .

وفى الشريعة الاسلامية ، تعتبر التصرفات الصادرة فى أوقات الإفاقة صحيحة تماماً ؛ كما يلاحظ أن الأصل فى الفقه الاسلامى ألا تعتبر كذلك تصرفات النائم ولا تصرفات السكران ، بشرط أن لا يكون السكر بارتكاب المحرم . وإذا ما بطل التصرف لانعدام التمييز ، فان الإجازة لن تلحقه أبداً .

١٤٥ — أما الفقه المسيحى ، فتاريخه فى الغرب يدلنا على أن لفظ المجنون لم يعتبر فيه تعبيراً عن الرضاء . ولكن فقهاء المسيحية الغربية قد اختلفوا حول حكم العقد الذى يعقده المجنون ، فمنهم من ذهب إلى أن عقد المجنون ليس فى حكم العدم وأنه قد ترد عليه الإجازة إذا برىء المجنون من الجنون . على أنه لا يبدو أن الإجازة يكون لها فى هذه الصورة أثر رجعى . ولذلك يذهب فريق إلى أن العقد إذا صدر من مجنون يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا تصححه الإجازة بحال من الأحوال . وقد ورد هذا الحكم بمجموعة الدكريتال المشهورة .

وليس فى التقنين الكاثوليكى الغربى الصادر فى سنة ١٩١٧ إشارة ما إلى حكم الزواج الذى يعقده المجنون ، ولكن من المسلم أن العقد يكون فى هذه الصورة باطلاً تماماً وذلك تأسيساً على القواعد العامة التى تتطلب لقيام الزواج وجود التراضى .

---

(١) ومثله الصبى غير المميز ، فليس صغر السن مانعاً من موانع الزواج فى الفقه الإسلامى ، على خلاف الحكم فى الفقه المسيحى .

ومن الثابت فى هذا الفقه أيضاً أن العقد الذى يعقده المجنون فى فترة من فترات الإفاقة يكون صحيحاً ؛ كما أنه من الثابت أن التنويم المغنطيسى والسكر والحمى الشديدة إذا أعدمت الإرادة تؤدى إلى بطلان الزواج .

١٤٦ — أما الفقه المسيحى الشرقى فلا نجد فى تاريخه شيئاً عن حكم العقد الذى يعقده المجنون ، وإن كان الجنون كثيراً ما يذكر فى النصوص القديمة على اعتبار أنه سبب من أسباب الطلاق . والفرض هنا أن الجنون طارىء على الزوج أو الزوجة بعد انعقاد العقد . أما إذا كان الجنون مقارناً للعقد فالظاهر أنه يؤدى إلى عدم انعقاده . وذلك لا تأسيساً على أن الزواج يفترض تراضى الطرفين ، ولكن بناءً على أن الجنون يعتبر مانعاً من موانع الزواج . وقد جاء بالمادة ٣٩ من المجموع الصفوى لابن العسال (ص ٢٣٣) أنه من موانع الزواج : « الجنون الذى يكون زمان الإفاقة منه أقل » . فلو كان الجنون متقطعاً وزمن الإفاقة منه أطول أصبح الزواج ممكناً ، وإلا فالزواج باطل لقيام مانع من الموانع بشخص الزوج أو الزوجة مما يؤدى إلى فقدانه لأهلية الوجوب . ويبقى بعد ذلك أنه فى الصورة التى لا يكون فيها الجنون مانعاً من موانع الزواج ، يمكن إبطال العقد إذا لم يصدر عن المجنون وهو مفيق ، بناء على أن الزواج يفترض التراضى ، ولا رضاء للمجنون غير المفيق .

١٤٧ — وكذلك ليس فى التقنين الكاثوليكى الشرقى الصادر فى سنة ١٩٤٩ إشارة ما إلى حكم زواج المجنون ، فحكم هذا الزواج فى ظل تقنين سنة ١٩٤٩ كحكمه فى ظل تقنين سنة ١٩١٧ ، مرده إلى القواعد العامة ، وهى تجعل التراضى أساس الزواج ، بحيث يعتبر الزواج عند عدم التراضى باطلا .

هذا ويلاحظ هنا أنه لا يوجد فى الفقه المسيحى نوعان للبطلان . والأصل فيه أن العقد إذا كان باطلاً ، فهو يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً ، بحيث لا ترد عليه الإجازة بحال من الأحوال ، وبحيث يستطيع طلب البطلان كل ذى مصلحة .

١٤٨ — أما التقنين القبطى الأرثوذكسى فقد جعل الجنون مانعاً من موانع الزواج . فقد نصت المادة ٢٦ على أنه : « لا يجوز الزواج أيضاً . . . إذا كان أحدهما (أى أحد الزوجين) مجنوناً » . وبمقتضى هذا النص يصبح عقد المجنون باطلاً بطلاناً مطلقاً (راجع المادة ٤٠) . هذا مع العلم بأن هذا التقنين يفرق ما بين البطلان المطلق والبطلان النسبى ، ويجعل العقد فى صورة الإكراه والغش باطلاً بطلاناً نسبياً لا مطلقاً . والواقع أن اعتبار الجنون مانعاً من موانع الزواج يغنى عن البحث فى انعدام الإرادة ، فالعقد هنا فضلاً عن أنه صادر من شخص عديم الإرادة يعتبر صادراً من شخص لا يمكن أن يكون طرفاً من طرفى عقد الزواج ، فهو محروم من أهلية الوجوب بالنسبة إلى عقد الزواج بالذات . وهذا الحكم الذى أتى به التقنين القبطى الأرثوذكسى يتسق مع حكم المادة ٥٢ من ذلك التقنين التى تجعل من الجنون سبباً من أسباب الطلاق .

هذا ويلاحظ أن الجنون يعتبر كذلك سبباً من أسباب الطلاق فى كل من تقنين الأروام الأرثوذكس (المادة ١١) ؛ والأرمن الأرثوذكس (المادة ٣٩) ؛ إلا أنه لم يعتبر فيهما من موانع الزوجية . ويبقى أن الزواج الذى يعقده المجنون فى هذين التقنينين وكذا فى تقنين البروتستانت الانجيليين ، يكون باطلاً لانعدام التراضى عليه ، وفقاً للأصول العامة للزواج .

١٤٩ — ولما كان رضا الولى على النفس لا يغنى فى الشريعة المسيحية

عن رضا الزوج أو الزوجة[١] ، فإن الولاية على نفس المجنون لا تشمل ولاية تزويجه ، وذلك على خلاف الشريعة الإسلامية ، ومن ثم تكون النتيجة فى الفقه المسيحى الشرقى والغربى جميعاً ، أن زواج المجنون باطل ، على أن البطلان قد يردّ تارة إلى انعدام التمييز وتارة أخرى إلى انعدام أهلية الوجوب . أما فى الشريعة الإسلامية فإن زواج المجنون يكون باطلاً فقط لفقدانه أهلية الأداء ومن ثم يستطيع وليه أن يعقده له .

وبقى أن هناك فرقاً ما بين الفقه المسيحى الشرقى والفقه المسيحى الغربى فى الصورة التى يكون العقد فيها قد انعقد فى زمان الإفاقة ، فالفقه المسيحى الشرقى يجعل العقد باطلاً لقيام المانع ، فى حين أن الفقه المسيحى الغربى يجعله صحيحاً لتوافر التمييز .

(ب) العقد الصورى

١٥٠ — الأصل أن العقد الصورى لا حقيقة له ، فالعبرة بالإرادة الباطنة الحقيقية ، لا بالإرادة الظاهرة المصطنعة . ولذلك لا يعتد بإرادة الهازل ولا ينعقد له عقد[٢] .

ولكن هل ينطبق هذا الأصل العام على عقد الزواج ؟ هناك فى الفقه الفرنسى رأى يذهب إلى أن الزواج وغيره من العقود المتعلقة بالأحوال الشخصية

---

(١) راجع ابن العسال (ص ٢٣٥) : « بغير رأى الذى هو تحت الحجر لا يكون إملاكه ولا يكون تزويجه إلا بتراضى المقترنين والذين هم فى حجرهم » .

(٢) السنهورى ، الوسيط ، ١ : ١٧٣ .

لا يقبل الطعن عليه بالصورية[١] . وقد حكمت بذلك أيضاً محكمة النقض الفرنسية[٢] . على أن هناك رأياً آخر لا يستثنى الزواج من ذلك الأصل العام[٣] ، وقد حكمت محكمة السين فى ٧ يناير سنة ١٩٤٨[٤] بأن الزواج الذى تعقده امرأة أجنبية مع فرنسى بغية الهروب من بلدها ، يعتبر باطلاً ، إذ هى لم تقصد بالزواج هنا حقيقته . وفى الواقع لم يكن الزواج محل هذه الدعوى باطلاً لصوريته ، فحيث لا يلتزم كل من العاقدين قبل الآخر بما هو مضمون عقد الزواج ، لا يكون للزواج محل .

١٥١ — على أن الحكم فى القانون الرومانى هو أن العقد إذا لم يكن جدياً ، فإنه لا يكون منعقداً ، ومن ثم يكون الزواج باطلاً إذا كان قد صدر على سبيل الهزل *jocandi causa* . ولكنهم لا يأخذون لإبطال العقد بقول الهازل ، ذلك أن من سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه . (المجموعة التشريعية لجوستنيان ، ٤ ، ٣٠ : ١٣) .

١٥٢ — وفى الشريعة الإسلامية (المذهب الحنفى) الأصل أن الهزل يفسد العقد ، ولكنهم استثنوا من هذا الأصل العام النكاح والطلاق والعتاق . ذلك أن « ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والعتاق » .

---

(١) ديموج ، الالتزامات ، ١ : ٢٦٧ : ١٦ .

(٢) حكم صادر فى ٣٠ أبريل سنة ١٨٠٨ ، أشار اليه ديموج فى الموضع المشار إليه بالحاشية السابقة .

(٣) بلانيول ورواست ، ٨٧ .

(٤) أشير اليه بالمرجع السابق ، الحاشية ٢ .

(الحديث) . وينبنى على ذلك أن زواج الهازل صحيح لازم[١] .

والهزل هو ألا يراد باللفظ لا معناه الحقيقى ولا معناه المجازى ، بل يراد به غيرهما مما لا تصح إرادة العاقد عنه . فالهازل ينطق بالسبب ولا يريد حكمه (عن رد المحتار)[٢] . ومن صور الهزل التلجئة ، حيث يضطر العاقد إلى إظهار ما لا يبطن خوفاً من جور السلطان[٣] .

١٥٣ — وفى الشريعة المسيحية الغربية ذهب الفقهاء فى مبدأ الأمر إلى أن العبرة قضاءً *forum externum* بالإرادة الظاهرة ، أما الإرادة الباطنة فلا تلزم إلا ديانةً *forum internum* . ومن ثم إذا كان العاقد قد نطق بالعبارة الدالة على الرضا دون أن يقصد التعاقد ، أُلزم بعبارته قضاءً لا ديانة . وقد بنى الفقيه لومبارد Lombard هذا الحكم على أن الزواج عقد لفظى والالتزام الناشىء عنه التزام وليد القول *verborum obligatio* ، ولذلك لا تكون العبرة فيه بالإرادة الحقيقية إذا كانت الألفاظ المعبر بها تفيد معنى الزواج[٤] . وهذا هو الرأى الذى انتصر له البابا اسكندر الثالث .

على أن الفقيه Hostiensis ، وقد اعتبر الزواج الصورى زواجاً صحيحاً ، استثنى الصورة التى يقسم فيها الطرفان جميعاً على أنهما كانا هازلين . وهو قد رأى

---

(١) على الخفيف ، المعاملات ، ٢٣١ .

(٢) أحمد ابراهيم ، الأحوال الشخصية ، ٢٣٤ ، بالحاشية .

ويشترط الحنفية لاعتبار الهازل هازلاً أن يعلن ذلك قبل وقوعه فلا يكتفى فى إثبات الهزل عندهم بدلالة الحال . (على الخفيف ، ٣٦٣) .

(٣) شفيق شحاته ، الالتزامات فى الشريعة الإسلامية ، فقرة ١٣٦ ، ص ١٣٧ .

(٤) اسمان ، ٣٣٦ .

وجوب معاقبة الهازل فى هذه الصورة بتصحيح عقده . غير أن البابا لم يصدر أبداً قراراً بهذا المعنى ، كما طلب إليه ذلك الفقيه Hostiensis .

وقد ظهر فى الفقه المسيحى الغربى اتجاه مضاد يرمى إلى تغليب الإرادة الحقيقية على الإرادة الظاهرة . فقد ذهب الفقيه Bernard de Parme إلى إبطال الزواج الصورى ما لم تكن قد توافرت فيه العلانية — حيث يكون صحيحاً ولو كان العاقد قد أعلن على رؤوس الأشهاد أنه لا ينتوى الزواج ثم عقد العقد . وقد صدر مرسوم عن البابا إينوسان الثالث ، يقضى بعدم الاعتداد بالزواج الصورى متى ثبتت الصورية ثبوتاً واضحاً[1] .

وهذا هو الرأى الذى استقر نهائياً فى الفقه المسيحى الغربى . ويلاحظ أن الشريعة المسيحية الغربية تقيم قرينة قانونية على أن الزواج قد انعقد صحيحاً إلى أن يقوم الدليل على العكس .

وقد صدر التقنين الكاثوليكى الغربى فى سنة ١٩١٧ متضمناً هذا الحكم ، إذ نصت المادة ١٠٨٦ من هذا التقنين على أنه يفترض دائماً أن هناك تطابقاً ما بين الألفاظ أو الإشارات والإرادة الباطنة للعاقد . ولكن العقد يكون باطلاً إذا وقع من العاقد فعل إيجابى يدل على أنه لم يرد العقد ، وقت إبرامه .

١٥٤ — ويعلق فقهاؤهم على هذا النص أن الزواج يكون لاغياً إذا لم

---

(١) ومن المعروف أن زواج الإمبراطور نابليون من الإمبراطورة جوزفين (زوجته الأولى) قد أبطل بالاستناد أيضاً إلى صورية العقد الذى كان قد عقده الإمبراطور خلسة قبيل تتويجه (راجع فى ذلك Abbé Grégoire: *Le "divorce" de Napoléon et de l'Impératrice Joséphine*, Paris 1957.

يقصد أى من العاقدين حقيقة الزواج كأن قصدا الحصول فقط على مزايا معينة واصطنعا العقد وسيلة لتحقيق تلك الغاية .

والواقع أنه حيث لا يكون فى نية الزوجين إنشاء حق للواحد منهما على الآخر بحيث يحل له مباشرة الأفعال التى وجد الزواج لحلها (راجع تعريفنا لعقد الزواج) ينعدم معنى الزواج ، لانعدام موضوعه . ولا تكون هناك حاجة للكلام فى صورية العقد . أما إذا كان العقد قد صدر على سبيل الهزل ، أى دون نية التعاقد ، ولم يكن له محل آخر غير محله المعروف ، فإن العقد يبطل على أساس الصورية بمعناها الصحيح .

على أنه لا يشترط لإبطال العقد أن يكون قد أعلن العاقد نيته تلك أو علم بها الطرف الآخر ، وهذا هو التحفظ الذهنى الذى سنعود إليه فيما يلى .

١٥٥ — وقد ذكرت المادة ١٠٨٦ أن الزواج يبطل أيضاً فيما لو أضمر العاقدان أو أحدهما نيـة مخالفة لا لحقيقة الزواج بل لخاصية من خاصياته . فلو اتجهت نية العاقدين إلى توقيت عقد الزواج أو إلى عدم الاقتصار على زوجة واحدة ، بطل عقد الزواج لانعدام التراضى على خاصية جوهرية من الخصائص المقررة له فى الشريعة المسيحية الغربية . وهنا نقول إنه فى هذه الفروض لا يكون التراضى قد وقع على ما يسمى فقهاً بالزواج والأصل أن العقد لا ينعقد إلا إذا تم التراضى على مضمونه ، كما حدده الشرع .

ولو اقتصر أحد العاقدين على إضمار ما يخالف خاصية من الخاصيات الجوهرية لعقد الزواج فى الشريعة المسيحية الغربية ، فإنه يكون قد قرن عبارته بتحفظ ذهنى . والتحفظ الذهنى فى الأصل لا تقوم معه إرادة . وقد أجمعت

التشريعات المدنية الحديثة على أنه إذا علم الطرف الآخر فى العقد بالتحفظ الذهنى الذى دار بخلد المتعاقد معه ، بطل العقد[١] ، أما إذا لم يعلم الطرف الآخر بأمر التحفظ الذهنى فلا يكون للارادة الحقيقية أى تأثير .

غير أن التقنين الكاثوليكى الغربى ينص على أن التحفظ الذهنى يؤدى إلى إبطال الزواج ولو لم يعلم به الطرف الآخر متى ثبت على صورة يقينية . والتقنين فى ذلك يذهب إلى أبعد مدى يمكن الذهاب إليه فى النزعة الرضائية . هذا مع العلم بأن الزواج من أخطر العقود ، ورضائية عقد الزواج ليست ، كما يدل على ذلك تاريخ العقد ، مطلقة تماماً ، ولا يمكن تبرير هذه النصوص إلا على أنها الوسيلة التى يمكّن بها التقنين المتعاقدين من التخلص من رباط الزوجية ، بعد أن أقفل باب الطلاق إقفالاً تاماً ، وذلك فى الحالات التى يمكن فيها إثبات التحفظ الذهنى .

على أنه من المقرر أن التحفظ الذهنى لو انصرف إلى خاصية غير جوهرية ، كما لو لم ينو العاقد أن يقيم الزواج على أساس الاشتراك فى المعيشة ، فإن الزواج المعقود على هذه النية لا يكون باطلا .

هذا وتجب التفرقة دائماً ما بين انصراف النية إلى عدم الالتزام أصلاً ، وهذه هى صورة التحفظ الذهنى ، وانصرافها إلى عدم الوفاء بالالتزام بعد نشوئه . فما لا شك فيه أنه لا بطلان فى هذا الفرض الأخير .

١٥٦ — وقد انتقلت هذه الأحكام جميعها إلى التقنين الكاثوليكى

---

(١) المادة ١٢٨ من مشروع القانون المدنى المصرى كانت تنص على أنه « لا يكون التعبير عن الإرادة باطلاً لمجرد أن صاحبه قد أضمر غير ما أظهر ولكنه يكون باطلاً إذا كان من وجه إليه يعلم بهذا التحفظ الذهنى » ، راجع السنهورى ، الوسيط ، ص ١٧٣ بالحاشية .

الشرقى الصادر فى سنة ١٩٤٩ ، فقد جاء بالمادة ٧٧ من هذا التقنين أنه : « من المفروض دائماً أن هناك رضاء باطناً مطابقاً للألفاظ أو الإشارات التى انعقد بها العقد . ولـكن إذا استبعد أحد العاقدين أو كلاهما بصورة إيجابية إرادة الزواج أو إرادة ممارسة الحق الناشىء عنه أو استبعد أية خاصية من الخصائص الجوهرية للزواج ، كان العقد لاغياً » .

وعلى ذلك تنطبق على الطوائف الشرقية الـكاثوليكية جميع الأحكام التى سبق إيرادها عند الـكلام على المادة ١٠٨٦ من التقنين الـكاثوليكى الغربى .

١٥٧ — أما الطوائف الشرقية الأرثوذكسية ، فليس فى تقنيناتها نصوص بشأن زواج الهازل أو الزواج الصورى .

وفى رأينا أنه لما كان عقد الزواج من العقود ذات الأثر الخطير فى الحياة الاجتماعية ، فإن تطبيق مبدأ الرضائية على إطلاقه ، وتغليب الإرادة الحقيقية فيه على الإرادة الظاهرة ، قد يتجافى مع طبيعته الخاصة . وقد عرفنا أن الطعن بالصورية غير مقبول بوجه عام فى القانون المدنى الفرنسى ، وأن الزواج فى الشريعة الإسلامية من العقود التى لا يؤثر فيها الهزل . وقد كان هذا هو الرأى أيضاً حقبة طويلة من الزمان فى الفقه المسيحى الغربى . ولما كان الزواج فى الفقه المسيحى الشرقى الأرثوذكسى يقوم على المراسم الدينية الشكلية وإن افترض التراضى ، فإن الطعن على العقد بالصورية يبدو متعذراً ، إن لم ينطو العقد على إكراه معدم للحرية ، على ما سوف نبين[١] .

---

(١) قارن حلمى بطرس ، ١٧٥ .

٧ — نقصان الرضا

١٥٨ — جرت عادة رجال الفقه الحديث على أن يجمعوا ما بين الإكراه والتدليس والغلط باعتبارها أسباباً تنتقص من الرضا المطلوب لانعقاد العقد. وفى القوانين ذات النزعة الرضائية، لا مناص من تأثير كل من الإكراه والتدليس والغلط فى صحة العقد. ذلك أن العقد يقوم على الإرادة الباطنة الحقيقية فى معظم القوانين الحديثة، وإذا ما كانت الإرادة الظاهرة قد صدرت عن العاقد على خلاف إرادته الحقيقية بسبب ما وقع فيه من غلط أو ما أدخل عليه من تدليس أو ما خضع له من إكراه، فإن العقد لا يكون صحيحاً.

والفرض أن كلاً من الغلط والتدليس والإكراه لم يقض على الإرادة قضاء تاماً، لأن القضاء على الإرادة قضاء على العقد. والعقد يكون غير منعقد فى هذه الصورة لمجرد انعدام التراضى، ولا يكون الإكراه أو التدليس أو الغلط فى هذه الصورة سوى الوسيلة التى أدت إلى تلك النتيجة، على أن أية وسيلة أخرى تؤدى إلى نفس هذه النتيجة، تكون معتبرة كذلك. ومن ثم يمكن القول بأنه لا فائدة من الكلام فى أسباب معينة بذواتها أدت إلى القضاء على الإرادة ما دام أن كل سبب مفضٍ إلى هذه النتيجة يكون حكمه كحكمها.

أما إذا لم تكن الإرادة منعدمة تماماً، فإن العقد ينعقد، لتوافر ركنه الأوحد، وهو التراضى. ولكن إذا لم يكن التراضى سليماً من العيوب، فإن العقد بالرغم من اعتباره منعقداً، يعتبر معيباً، بالقدر الذى تكون فيه الإرادة الحقيقية مخالفة للارادة الظاهرة. والعيوب التى اعتبرها القانون مؤثرة فى سلامة الرضا هى فى العادة الغلط والتدليس والإكراه، وقد أضاف إليها القانون المصرى

الحديث الاستغلال . ولا يعبأ بغيرها من العيوب ، لا بل إن الرضا لا يعتبر مختلاً إلا إذا توافرت فى كل عيب من العيوب المذكورة الشروط التى وضعها المشرع لاعتباره كذلك .

١٥٩ — هذه هى الأوضاع التى جرت عليها التقنينات الوضعية الحديثة فى نظرية العقد . على أن المشرع الفرنسى الذى أدمج عقد الزواج فى المجموعة المدنية لم يخضع عقد الزواج لقواعد النظرية العامة للعقد ، فى باب عيوب الرضا . والواقع أن الطبيعة الخاصة لعقد الزواج تتجافى مع النزعة الرضائية المطلقة وما تستوجبه من إعمال للارادة الباطنة مهما كانت الظروف ، ولذلك فإن نظرية عيوب الإرادة قد انكمشت فى باب الزواج وانحصرت فى حدود ضيقة . فمثلاً لا نجد فى القانون الفرنسى أثراً للتدليس فى باب عقد الزواج . أما الغلط فلا يبطل العقد إلا فى حالات خاصة معينة . والظاهر أن النظرية قد اصطبغت فى هذا الباب بصبغة مادية واضحة ، فهى لا تقوم على أساس الرضائية المطلقة . هذا إلى أن أثر عيوب الإرادة فى القانون الفرنسى هو نفسه ، لا يقتصر على مجرد البطلان النسبى ، كما هى الحال فى النظرية العامة للعقد ، بل قد يتجاوزه إلى البطلان المطلق ، وذلك لما يؤدى إليه البطلان النسبى فى باب الزواج من حلول تتجافى مع طبيعة العقد ، على ما سوف نبين .

١٦٠ — ولا توجد بالقانون الرومانى نظرية عامة لعيوب الإرادة . وفى الواقع قد اعتبر البريطور كلاً من الإكراه والتدليس جريمة من الجرائم المدنية ، وعالج العقد المعقود بناءً على الإكراه أو التدليس ، فأمر برد الحالة إلى ما كانت عليه ، جزاءً وفاقاً للعمل غير المشروع الذى يتمثل فى وسائل الإكراه وفى الطرق

الاحتيالية . أما العقد فيعتبر منعقداً فى الأصل . وكذلك لا يؤدى وقوع العاقد فى الغلط إلى بطلان العقد إلا إذا ورد الغلط على ذاتية الشىء أو على مادته ، أما وروده على صفة من صفات الشىء ، فلا يؤثر فى العقد .

وقد طبقت تلك الأحكام على عقد الزواج ، لأن الزواج لم يخضع عند الرومان لأحكام خاصة فى هذا الصدد .

١٦١ — وفى الشريعة الإسلامية ، عنى الفقهاء عناية خاصة بالإكراه و بينوا أثره فى العقد بوجه عام . كما أن للتدليس أثره على العقد إذا صاحبه غبن . أما الغلط فهو يؤثر فى العقد فقط إذا ورد على محل العقد بحيث يمكن اعتبار التراضى غير منعقد على محل معين . أما فى غير هذه الصورة فالأصل ألا تأثير للغلط على صحة التعاقد .

على أن عقد النكاح يخضع لأحكام خاصة فى باب الإكراه هو نفسه ، كما سوف نبين .

١٦٢ — أما فقهاء الشريعة المسيحية الغربية ، فقد جروا فى باب الزواج على اعتبار الإكراه والغلط فى حالات معينة من موانع الزوجية ، وهم وإن ذكروا أن الإكراه قد يعدم الرضا أو ينتقص منه إلا أنهم لم يعالجوه على أنه عيب من عيوب الإرادة . ويقال مثل ذلك أيضاً فى الغلط عند اعتباره مؤثراً فى قيام الزوجية . أما التدليس فلم يعتبره أبداً فقهاء الشريعة المسيحية من أسباب بطلان الزواج . ويلاحظ أن البطلان عند ما يتقرر عندهم للإكراه أو للغلط يكون دائماً بطلاناً مطلقاً — وذلك لقيام المانع من الزوجية فى تصويرهم .

على أن الفقهاء المحدثين يتناولون بالدراسة موضوع الإكراه والغلط فى باب

عيوب الرضا عند الكلام على التراضى فى ذاته . ولكنهم لا يزالون يعتبرون العقد المعقود بناءً على الإكراه أو الغلط عقداً باطلاً بطلاناً مطلقاً لا نسبياً ، على خلاف القواعد العامة عندهم ، ويعللون ذلك بأسباب ترجع إلى طبيعة العقد .

هذا ويلاحظ أن عيوب الرضا التى يذكرها فقهاء الشريعة المسيحية الغربية هى الجهل والغلط والإكراه ، على أنهم يفرقون ما بين الجهل والغلط من ناحية والإكراه من ناحية أخرى ، ويقولون إن الإكراه يعيب الإرادة ، أما الغلط وأما الجهل فيعيبان الإدراك *défaut d'intelligence* . وفى الواقع ، إذا جرى الكلام على الإرادة فى ذاتها ، تعين القول بأن الذى يعيبها هو فقط الإكراه . ذلك أن المكره لا يريد أو هو يريد مضطراً ، فالإكراه يقضى على الإرادة أو هو ينتقص من مجال عملها ، فهو عيب يصيبها فى الصميم . أما الغلط سواء أوقع فيه الشخص من تلقاء نفسه ، أو أدخل عليه من طريق التدليس ، فإنه لا ينتقص من حرية الإرادة ، ولكنه يجعلها تعمل وهى غير مستنيرة ، أى عن غير إدراك . وإذا كان الغلط يختل معه الرضا فعلاً إلا أنه لا يرد على الإرادة هى ذاتها ، بل على الإدراك الذى تصدر عنه الإرادة .

١٦٣ — أما فقهاء الشريعة المسيحية الشرقية القدامى ، فإنهم لم يعرضوا لعيوب الرضا فى باب الزواج . وهم فى الغالب إذا عرضوا لها فإنما يعرضون للاكراه باعتباره مانعاً من موانع الزواج .

على أن التقنين الكاثوليكى الشرقى الحديث قد نقل عن التقنين الغربى تقسيماته ونصوصه الخاصة بالجهل والغلط والإكراه ، كما أن التقنينات الأرثوذكسية الحديثة ، قد تضمنت نصوصها موضوع الإكراه والتدليس والغلط أيضاً فى بعض الأحيان ، وهى فى الجملة تجعل من هذه العيوب أسباباً لإبطال العقد . أما العقد

هو نفسه فيعتبر فيها منعقداً لا باطلاً بطلاناً مطلقاً .

ويلاحظ هنا أن مشروعية الطلاق فى التقنينات الأرثوذكسية قد أدت إلى عدم الاهتمام بعيوب الرضا . ففى العمل يستطيع من وقع فى الغلط أو من أدخل عليه الغلط أن يلجأ إلى الطلاق للتخلص من رابطة الزوجية ولا حاجة به إلى الاستناد إلى بطلان العقد .

١٦٤ — هذا ولما كان الإكراه هو العيب الذى يصيب الإرادة فى الصميم، ولما كان هذا العيب يكاد أن يكون مجمعاً عليه فى مختلف الشرائع القديمة والحديثة ولا سيما فى باب الزواج ، فإنا سنقدم دراسته على دراسة العيوب الأخرى . ويلاحظ هنا أن الإكراه هو السبب الذى يكثر وقوعه فى العمل ، ويستند إليه فى العادة من يريد إبطال الزواج .

(أ) الاكراه

١٦٥ — قد اعتبر الإكراه سبباً من أسباب بطلان الزواج فى القانون الفرنسى بموجب المادة ١٨٠ من القانون المدنى الفرنسى . والإكراه هو العيب الوحيد من عيوب الرضا الذى أخذ به المشرع الفرنسى على إطلاقه فى باب الزواج ، ذلك أن الإكراه كما قلنا يصيب الإرادة فى الصميم ، ثم إنه يصطبغ بصبغة مادية واضحة ، على خلاف الغلط .

ولذلك تنطبق على عقد الزواج أحكام الإكراه كما وردت فى القانون الفرنسى فى باب الالتزامات التعاقدية بوجه عام . فإذا ما كان هناك خطر محدق بأحد العاقدين أوجد فى نفس هذا العاقد رهبة دفعته إلى التعاقد ، بطل العقد . ولا يهم ما إذا كان هذا الخطر قد أحدثه العاقد الآخر أم شخص غيره ؛ أو ما إذا كان قد

وقع التهديد على العاقد هو نفسه أو على شخص تربطه به رابطة القرابة أو الصداقة . والمهم فى هذا كله أن يقع تهديد جدى يحدث أثره فى نفس المتعاقد ، بحيث يفقد حرية الإرادة ؛ بل إنه ليكفى أن تكون مجرد المصادفة قد أوقعت الشخص فى حالة الضرورة التى دفعته إلى التعاقد — ولكن لا يكفى لوجود الإكراه أن يكون العاقد قد استشعر من نفسه الرهبة أو الاحترام الزائد فأدى به ذلك إلى التعاقد . ومن المسلم أنه لا يلزم فى العمل الذى انطوى على التهديد أن يكون غير مشروع ما دام الغرض الذى يراد تحقيقه غير مشروع . فإذا استعملت وسائل مشروعة لدفع الشخص إلى الزواج ، فان الزواج المعقود بناء على هذه الأعمال يعتبر باطلاً .

هذا والإكراه قد يكون مادياً ، فيؤدى إلى انعدام الإرادة تماماً ؛ كما قد يكون معنوياً ، وهو الغالب ، حيث تستعمل وسائل مادية أو غير مادية لتهديد المتعاقد ، فيؤدى ذلك إلى تولد الرعب فى نفسه ، مما يجعله يقدم على التعاقد لتفادى الضرر المحدق به . وفى الواقع ليس الإكراه المعنوى سوى مجرد الخوف من وقوع الخطر المحدق ، وهو لا يقضى على الإرادة قضاءً تاماً ، ولكنه ينتقص من حريتها ، إذ هو يفضى إلى دفع الشخص إلى التعاقد باعتبار العقد أهون الشرين . ولذلك فإن البطلان المترتب على الإكراه المعنوى هو البطلان النسبى لا المطلق ، ويكون الإبطال من حق الطرف المكره فقط ، وتسقط دعوى الإبطال بعد مضى ستة شهور على زوال الإكراه[1] .

١٦٦ — وقد فرق الرومان كذلك ما بين الإكراه المادى *vis* ؛ والإكراه المعنوى أى الخوف *metus* أو التهديد . وقد نصوا صراحةً على أن

---

(١) بشرط أن تكون قد استمرت المعاشرة خلال هذه المدة (المادة ١٣١) . وفى الواقع تعتبر المعاشرة فى هذه الصورة إجازة ضمنية للعقد . على أن جواز الإجازة الصريحة محل شك فى الفقه الفرنسى (بلانيول وروافست ، بند ٢٩٥) .

الإكراه المعنوى لا يفقد الاختيار ، فمن أراد مكرهاً قد أراد دائماً *coacta voluntas, semper voluntas* (الجامع ٤ : ٢ : ٢١ : ٥) ، ومن ثم فإن العقد لا يعتبر فى الأصل باطلاً ، ذلك أن الإرادة تكون فيه فقط معيبة . على أن البريطور قد منح العاقد المكره دفعاً ، كما منحه دعوى جنائية ، ثم إنه كان يصدر لمصلحة العاقد المكره أمراً بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه *restitutio in integrum* ، مما كان يؤدى إلى نقض العقد بالفعل . وقد طبقت هذه القواعد كلها على عقد الزواج .

١٦٧ — أما فى الشريعة الإسلامية ، فالأصل فى الإكراه أنه يعدم الرضا سواء أكان ملجئاً بأن يكون بقتل النفس أو بإتلاف عضو أو بإتلاف جميع المال أو بالضرب المبرح ؛ أم كان غير ملجىء وهو ما يكون بما يشق على المكره أن يتحمله .

وشروطه عندهم أن يكون المكره قادراً على تنفيذ ما هدد به وأن يظن المكرَه جد المكره ، وأن يكون المطلوب عملاً غير واجب على المكره شرعا .

والحنفية يفرقون بين الرضا والاختيار ويقولون إن المكره مختار ، وإن كان غير راض . ذلك أن المكره لا يرضى بأثر العقد ولكنه يختار السبب وهو العبارة التى ينعقد بها العقد . ومن ثم يكون حكم المكره عندهم كحكم الهازل لأن الهازل هو الآخر مختار غير راض .

ولما كان تحقق الاختيار يكفى لانعقاد العقد عندهم ، فإن عقد المكره لا يعتبر باطلاً . وقد نصوا على أن عقد المكره ينعقد فاسداً . على أن الفساد هنا

فساد من نوع خاص . ذلك أنه إذا ما رضى المكره بالعقد بعد زوال الإكراه انقلب العقد صحيحاً ، بخلاف أحوال الفساد الأخرى .

هذه هى الأحكام العامة للاكراه فى الفقه الحنفى . على أن هذه الأحكام لا تنطبق على عقد النكاح ، وذلك تخريجاً على أن نكاح المكره كنكاح الهازل . ومن ثم يكون نكاح المكره صحيحاً لأن الشارع قد جعل اللفظ فى هذا العقد عند القصد إليه قائماً مقام الإرادة ، لا بل إنهم قد نصوا على أن الوكالة بالنكاح تصح كذلك هى الأخرى مع الإكراه .

١٦٨ — الإكراه فى الفقه المسيحى الغربى — قد كان الإكراه فى الفقه المسيحى الغربى القديم يعتبر من موانع الزواج التى لا يمكن الإعفاء منها بحال من الأحوال . والإكراه فى تاريخ الفقه المسيحى الغربى إما مادى وإما معنوى ؛ وهو فى الصورة الأخيرة لا يعدم الرضا ولكنه يحدث اضطراباً فى النفس ، سببه الخوف من خطر حال أو مستقبل(١) ، وهو يتمثل فى أعمال التهديد التى من شأنها إحداث ذلك الأثر .

وقد كان معيار الإكراه فى الفقه المسيحى الغربى القديم مادياً ، ولكن القضاء قد عمل على إحلال المعيار الشخصى محله ، ومن ثم كان يرجع لتقدير جسامة الأثر الذى أحدثه التهديد إلى حالة الشخص الذى أكره على التعاقد(٢) . كما أنه قد استقر فى الفقه المسيحى الغربى أن التهديد قد يقع على شخص العاقد هو نفسه ، كما قد يقع على غيره ممن يمتون إليه بصلة القرابة أو ممن لهم عنده معزة خاصة .

---

(١) راجع الجامع للقديس توما الأكوينى ، الزواج ، س ١٢٠ .

(٢) راجع التعليمات الصادرة من البابا للأساقفة الشرقيين فى سنة ١٨٨٣ .

على أنهم لم يجعلوا مجرد النفوذ الأدبى أو الخوف الناشىء عن الاحترام الزائد صورة من صور الإكراه[١].

وقد جرى البحث فى الفقه المسيحى الغربى حول ما إذا كان يلزم فى الإكراه أن يكون إكراهاً على العقد أو يكفى فيه أن يكون إكراهاً على سببه[٢]. وقد كان الرأى فى الفقه المسيحى القديم أن الإكراه على السبب لا يكفى لإبطال العقد، بل يلزم أن يكون قد قصد بالإكراه انتزاع الرضا بالزواج هو نفسه.

أما أثر الإكراه عند تحقق شروطه فهو عند الفقهاء القدامى البطلان. ولكنهم تساءلوا عما إذا كان البطلان هنا يقع حتماً بحكم القانون أو أنه يلزم إبطال العقد بناء على طلب المكره. وقد كان الفقهاء المتأثرون بالقانون الرومانى يميلون إلى القول بأن العقد قابل للابطال بناء على طلب المكره. ولكن الرأى الآخر قد انتصر فى النهاية واعتبر البطلان هنا بطلاناً مطلقاً. على أنهم قد سلموا بأن البطلان يزول أثره إذا رضى الزوج المكره بالعقد بعد زوال الإكراه، على ألا يكون لإجازته أثر رجعى. وفى الواقع يكون قد انعقد فى هذه الصورة عقد جديد بعد زوال الإكراه. وقد يعتبر الاشتراك فى المعيشة أو الاتصال الجنسى ما بين الزوجين بعد زوال الإكراه تعبيراً ضمنياً عن التراضى، فينعقد به العقد الجديد[٣]. والفرض أن الطرف

---

(١) اسمان، ص ٣٤٢.

(٢) وفى الفقه المالكى يفرق الفقهاء كذلك ما بين الإكراه على العقد والإكراه على سببه. فالإكراه على العقد كأن يكره إنسان آخر على البيع مثلاً والإكراه على السبب كأن يكره إنسان آخر على أن يدفع اليه مقداراً معيناً من المال فلا يجده المكره فيضطر إلى بيع عين من أمواله فى سبيل الحصول على هذا المال. وهذا النوع من الإكراه (وهو الإكراه على السبب) لا يقول به الحنفية. (على الخفيف، المعاملات، ص ٣٦١، الحاشية ١).

(٣) اسمان، ٣٤٢.

الآخر لا يزال راغباً فى الزواج . أما إذا كان قد رغب عنه ، فإن العقد الجديد لا ينعقد[١] ، مما يدل على أن البطلان هو فى الحقيقة بطلان مطلق .

١٦٩ — الإكراه فى التقنين المسيحى الغربى الحديث — نصت المادة ١٠٨٧ من التقنين الكاثوليكى الغربى على حكم الإكراه فى باب الزواج ، ففرقت ما بين الإكراه المادى والإكراه المعنوى أى مجرد الخوف ، كما كان يفرق بينهما القانون الرومانى . أما فى صورة الاكراه المادى ، فإن العقد لا يكون منعقداً ، لانعدام الرضا تماماً ، والتراضى جوهر العقد . (المادة ١٠٨٦) . وهذه صورة نادرة من صور الإكراه فى العمل ، ولكنها قد تتحقق فى الزواج بالوكالة ، إذا ما كان الزوج قد أكره مادياً على التوقيع على وثيقة التوكيل بالزواج . وقد تحدث أيضاً فى غير الزواج بالوكالة إذا ما أمكن إكراه الزوجة مثلاً على أن تحرك رأسها دلالةً على القبول .

أما الخوف أو الإكراه المعنوى ، فلا يعدم الرضا ، ولكنه ينتقص من حرية العاقد . وقد نصت المادة ١٠٧٨ على أنه يبطل هو الآخر الزواج متى توافرت فيه شروط معينة . أما فى غير هذه الحالات ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٧٨ على أنه لن يكون للخوف تأثير ما على التعاقد .

أما الشروط التى يشترطها التقنين فهى :

(أولاً) أن يكون هناك خوف جسيم قد حل بالعاقد ، بحيث لا يمكن دفعه .

---

(١) توما الاكوينى ، الزواج ، ص ١٣٢ — ١٣٣ .

(ثانياً) أن يكون هناك تهديد صدر عن العاقد الآخر أو عن غيره .

(ثالثاً) أن تكون قد استعملت فى التهديد وسائل غير مشروعة .

أما عن الشرط الأول ، فمن المسلم أنه لتقدير جسامة الأثر الذى يحدثه الإكراه فى نفس العاقد تراعى حالة العاقد هو نفسه ، من حيث السن والجنس والصحة وغير ذلك من الاعتبارات التى تؤثر فى قوة تحمل الشخص للاكراه . ولا يشترط أن يقع التهديد على شخص العاقد ، فقد يقع على غيره ممن يهمه أمرهم .

على أن مجرد الرهبة من الوالد أو الاحترام الزائد له لا يكفى لتحقق الإكراه ، هذا ما لم تصحب هـذه الرهبة تهديدات متوالية أو أنواع من التوبيخ المتكرر ، أو سوء المعاملة ، مما يؤدى إلى الخوف الجسيم .

أما عن الشرط الثانى ، فإن التقنين يتطلب وقوع أعمال معينة ، وهو يعبر عن ذلك المعنى بقوله إن الخوف يجب أن يتولد عن سبب خارجى . ويقول الفقهاء إن السبب الخارجى يجب أن يكون حراً ، وهذا كله معناه أنه لا إكراه إن لم تصدر عن شخص معين أعمال تهديدية تدفع العاقد إلى التعاقد . فى أحوال الغرق والحريق وما إلى ذلك من الكوارث ، لا يعتبر الزواج الذى يعقده الشخص مدفوعاً إليه بسبب إحدى هذه الكوارث زواجاً باطلاً . فالفقه المسيحى الغربى لا يعتبر حالة الضرورة من صور الإكراه ، على خلاف ما يذهب إليه التقنين المدنى المصرى الحديث . ومن باب أولى لا يكون هناك إكراه إذا كان الخوف مرده إلى حالة الشخص النفسية ولم يسببه أى عمل خارجى ، كما فى صورة ما إذا تزوج شخص خليلته وهو فى خطر الموت .

وأما عن الشرط الثالث ، فالنص يقتضى أن يكون الخوف قد أحدثه عمل

غير مشروع ، أى أن الوسائل المستعملة يلزم فيها أن تكون غير مشروعة. ولا يهم ما إذا كان الباعث مشروعاً أم لا ، بل يكفى أن يكون التهديد منطوياً على عمل غير مشروع . فلو هدد والد البنت من ارتكب معها فعلاً مزرياً بإبلاغ أمره إلى النيابة وذلك لدفعه إلى الزواج بها ، فإنه يكون قد أتى عملا مشروعاً ، ومن ثم لا يكون هناك إكراه . أما لو هدده بالقتل فإنه يكون هناك إكراه[1] .

هذا والفرض أن الإكراه قد وقع لدفع المكره إلى الزواج . أما إذا وقع لدفعه إلى عمل آخر فاختار الزواج ، فقد أفتى أحد واضعى التقنين الكاثوليكى الحديث بأنه يعتبر كذلك إكراهاً مبطلاً للعقد . وهذا هو الإكراه على السبب الذى لم يأخذ به الفقه المسيحى الغربى القديم ، كما لم يأخذ به التقنين الكاثوليكى الشرقى ، على ما سوف نعرف . على أن هناك رأياً فى الفقه المسيحى الغربى الحديث لا يرى بطلان الزواج فى هذه الصورة . هذا ولا يعتبر الإكراه إكراهاً على السبب إذا كان قد صدر لدفع الشخص إلى الزواج بوجه عام لا إلى الزواج بشخص معين .

١٧٠ — أما جزاء الإكراه فى التقنين الغربى الحديث فهو البطلان المطلق لا النسبى ، وذلك بالرغم من أن الإكراه قد اعتبر بوجه عام فى ذلك التقنين من أسباب الإبطال لا البطلان (المادة ١٠٣) . وقد عللوا ذلك بأن الزواج وهو ينشىء رابطة لا تقبل الانفصام يجب أن يحدد مصيره نهائياً عند انعقاده . أما إذا

---

(١) ولذلك قالوا إن الإكراه المعنوى ليس عيباً من عيوب الرضا فى القانون الطبيعى . ولو كان كذلك للزم أن يكون العقد باطلاً حتى فى الصورة التى يكون فيها المكره قد استعمل وسائل مشروعة وحتى فى الصورة التى لا تكون قد ارتكبت فيها أعمال تهديدية .

ترك أمر صحته أو بطلانه مرهوناً بإرادة أحد طرفيه ، فقـد يؤدى ذلك إلى عدم الاستقرار و إلى زعزعة أساس الأسرة .

هذا ومما لا شك فيه أنه لا يمكن بحال من الأحوال إزالة أثر هذا المانع من طريق الإعفاء .

ومع ذلك فمن المسلم أن الطعن يرفعه فى الأصل الطرف الذى وقع عليه الإكراه . على أن الطرف الذى ارتكب الإكراه يستطيع أن يبلغ عنه الجهة المختصة . وسوف نعرض فيما بعد لإجراءات دعوى البطلان بوجه عام .

كما أنه من الثابت أن للطرفين بعد زوال الإكراه أن يستأنفا العقد . وقد يستفاد تراضيهما على ذلك ضمناً من وقوع الاتصال الجنسى بينهما بعد زوال الإكراه . على أن تجديد التراضى يجب أن يخضع فى الأصل للشروط المطلوبة قانوناً .

١٧١ — الإكراه فى الشريعة المسيحية الشرقية — لم ترد فى الفقه المسيحى الشرقى القديم نصوص بشأن الإكراه باعتباره عيباً من عيوب الرضا . والظاهر أنه لما كان الزواج فى هذه الشريعة يقبل الانحلال من طريق الطلاق ، فإن فقهاء المذاهب الارثوذكسية لم يعنوا بالأسباب التى تؤدى إلى انحلال الرابطة على أساس قيام عيب من العيوب التى تشوب الإرادة .

على أن ابن العسال قد ذكر بالمادة ٤٦ من مجموعته الإكراه باعتباره مانعاً من موانع الزوجية ، وهو المانع الخامس عشر من الموانع العديدة التى ذكرها .

وتقول المادة ٤٦ إن هذا المانع هو عبارة عن « عدم رضا كل واحد من

الرجل والمرأة بزيجة الآخر أو رضاه اغتصاباً بأحد وجوه القهر، وذلك ضربان : (الأول) بغير رأى الذى هو تحت الحجر لا يكون إملاكه ولا يكون تزويج إلا بتراضى المقترنين والذين هما فى حجرهم . وهذا يمنع من التزويج ومن الإملاك ولا يمنع من الخطبة . (والضرب الآخر) : لا يجوز لرئيس ناحية ولا لواليها ولا أولاده ولا أحد من خواصه أن يملكوا على أحد منها بعناية (؟) وكذلك عند عدم بلوغها (؟) — وهذا لا يمنع من الخطبة » . ومن ثم يعتبر الإكراه مانعاً من موانع الزوجية ويكون الزواج المعقود اغتصاباً باطلاً بطلاناً مطلقاً . ويلاحظ أن ابن العسال قد خص بالذكر صورتين اثنتين وهما صورة الجبر، وسنعود إليها عند الكلام على ولاية التزويج ؛ وصورة الإكراه الصادر عن الحاكم ، وهى صورة كانت تقع قديماً فى عهد الإمبراطورية الشرقية . وكان قد صدر عن مجمع ترنتو قرار بتوقيع عقوبة الحرمان على من يقدم من الحكام أو القضاة على إكراه من يقع تحت سلطانه على الزواج بشخص معين . وقد ألغى تقنين سنة ١٩١٧ الصادر فى الغرب هذه العقوبة . أما فى الشرق فقد استبقاها المجمع المارونى، وأيضاً المجمع البيزنطى الملكى .

والمجامع الشرقية الكاثوليكية قد أصدرت قرارات أيضاً بشأن تأثير الإكراه فى عقد الزواج هو نفسه ، وهذه القرارات تجعل من الإكراه الذى وقع باستعمال وسائل غير مشروعة عيباً مؤدياً لإبطال العقد ، ولكنها لم توضح أثر الإكراه على السبب . وقد قرر المجمع السريانى أنه يجوز التراضى على الزواج بعد زوال الإكراه . وقد اشترط صراحة المجمع القبطى وجوب تجديد التراضى أمام الكاهن .

١٧٢ — الإكراه فى التقنينات الشرقية الحديثة — خرجت التقنينات الأرثوذكسية الحديثة على تقاليدها التاريخية ، واعتبرت الإكراه عيباً من عيوب الرضا . وهو يؤدى إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً فى تقنين الأروام الأرثوذكس ، حيث نصت المادة الأولى فقرة ب منه على أنه يلزم لإنشاء الزواج الصحيح : « قبول القادمين على الزواج قبولاً حراً ولا يكون القبول حراً إذا كان هناك إكراه أو خوف ... » .

أما تقنين الأقباط الأرثوذكس وكذلك تقنين الأرمن الأرثوذكس فقد تأثرا بالتقنينات الوضعية تأثراً كبيراً ، فاعتبرا العقد فى صورة الإكراه باطلاً بطلاناً نسبياً . والبطلان النسبى ليس له أصل تاريخى فى الفقه المسيحى كله ، على ما بينا . فقد نصت المادة ٣٦ من قانون الأقباط الأرثوذكس على أنه : « إذا كان الزواج بغير رضاء الزوجين أو أحدهما رضاء صادراً عن حرية واختيار فلا يجوز الطعن فيه إلا من الزوجين أو من الزوج الذى لم يكن حراً فى رضائه » . فالبطلان إذن مقرر لمصلحة المكره وحده ، ولا يحق للطرف الآخر فى العقد التمسك به . والزواج هنا ينشأ صحيحاً إلى أن يصدر حكم بابطاله بناء على طلب الطرف المكره . وهو إذا أجيز استقر على حال الصحة نهائياً واعتبر صحيحاً منذ اليوم الذى انعقد فيه . لا بل يستقر العقد على حال الصحة نهائياً إذا لم ترفع دعوى البطلان « فى ظرف شهر من وقت أن أصبح الزوج متمتعاً بكامل حريته . . . ويشترط أن لا يكون حصل اختلاط زوجى من ذلك الوقت » (المادة ٣٧) . ويفهم من ذلك أن قبول الاختلاط الجنسى بعد زوال الإكراه يعتبر إجازة للعقد وكذا سكوت المكره عن الطعن بالبطلان بعد مضى شهر على زوال الإكراه ، يعتبر نزولا عن حقه فى طلب الإبطال .

وفى تقنين الأرمن الارثوذكس نجد نفس الأحكام ، إذ تقول المادة ١٧ من ذلك التقنين إنه : « إذا عقد الزواج بغير رضاء الزوجين أو بغير رضاء أحدهما فلا يجوز الطعن فيه إلا من الزوجين أو من الزوج الذى لم يكن حراً فى رضائه ». وتنص المادة ١٨ على أنه : « لا تقبل دعوى البطلان . . . إذا استمرت المعاشرة مدة شهر من وقت أن أصبح الزوج متمتعاً بكامل حريته . . . وعلى كل حال لا تكون الدعوى مقبولة بعد مضى ستة أشهر ولو لم تحصل معاشرة » . والفرق بين التقنينين أن المعاشرة الزوجية هنا لا تسقط بذاتها الحق فى طلب الإبطال ، إلا إذا استمرت شهراً بعد زوال الاكراه . على أن مجرد مضى مدة ستة أشهر على زوال الإكراه يعتبر نزولاً عن حق الإبطال ، ولو لم تحصل معاشرة .

١٧٣ — أما التقنين الكاثوليكى الشرقى ، فقد نص بالمادة ٧٨ على أنه : « لا يصح الزواج المعقود عن قسر أو خوف شديد توقعه دون حق علة خارجية ولإكراه أحد الفريقين على الرضاء . كل خوف غير هذا ولو سبب إبرام العقد ، لا يلازمه بطلان الزواج » .

وهذا النص منقول عن التقنين الكاثوليكى الغربى ، وكل ما قلناه فى شرح المادة ١٠٧٨ من ذلك التقنين يقال فى شرح المادة ٧٨ . ولكن هناك خلافاً ما بين النصين قصد به استبعاد صورة الإكراه على السبب . فالمطلوب فى الإكراه بحسب المادة ٧٨ أن يكون قد وقع لانتزاع الرضا بالزواج ، وينبنى على ذلك أنه إذا هدد والد البنت شخصاً بأمور معينة فعرض هذا الشخص على الوالد أن يزوجه بنته ليخلص بذلك من الخطر المحدق به ، فان الزواج المعقود فى هذه الصورة لا يكون باطلاً .

هذا والبطلان وفقاً للتقنين الكاثوليكى الغربى أو الشرقى هو بطلان مطلق لا نسبى . وقد نصت المادة ١٢٥ من التقنين الشرقى على أنه : « يصحح

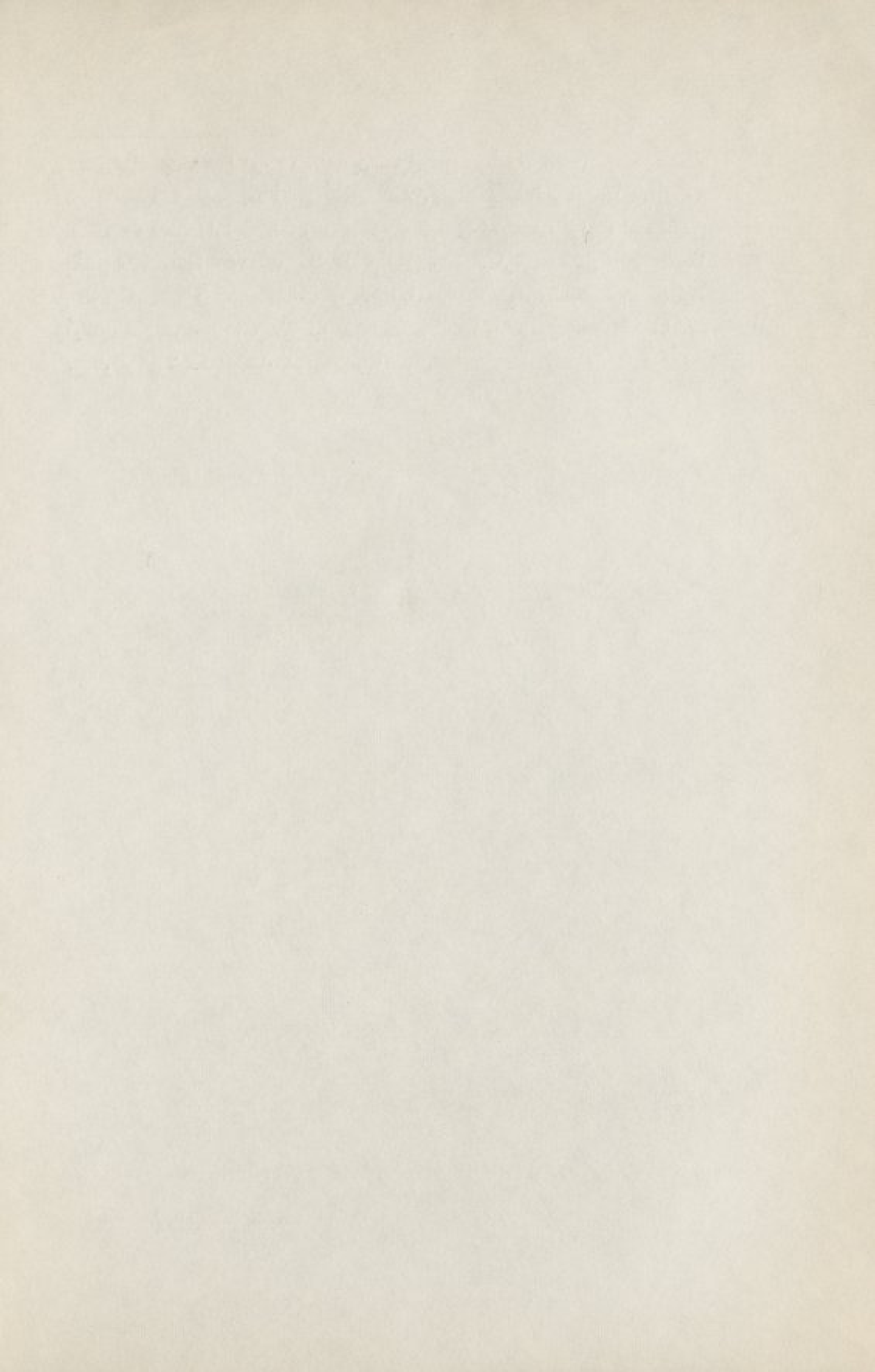
الزواج الباطل بسبب نقصان الرضا إذا عاد الفريق الذى لم يرض بالزواج سابقاً ، فرضى ، بشرط أن يستمر الفريق الآخر على الرضا الذى أبداه . . . إذا كان نقصان الرضا خارجياً أيضاً فيجب إظهار الرضا خارجاً ، إما بالصيغة المرسومة شرعاً إن كان النقصان علنياً ، و إما بأى صيغة أخرى دون المرسومة وفى السر إن كان النقصان خفياً » . ومفهوم هذا النص ، كما سوف نبين مفصلاً عند الكلام على الزواج الباطل ، أنه لا بد من عقد جديد أى من تراض جديد ليصح الزواج الذى عقد أولاً عن طريق الإكراه . ويتم هذا العقد الجديد بتعبير مستأنف عن الإرادة يصدر من جانب الطرف الذى كان قد أكره ابتداءً — على أن يصادف إرادة مستمرة من جانب الطرف الآخر . ويعتبر الإكراه « عيباً خارجياً » أى أن فقدان الإرادة هنا لا يرد إلى مجرد تحفظ ذهنى يدور بخلد العاقد . ولذلك يلزم التعبير عن الإرادة مجدداً لينعقد العقد صحيحاً ، ولكن لا يلزم اتباع الإجراءات الشكلية التى تطلب فى الأصل لانعقاد الزواج بعد التراضى عليه ، إلا إذا كان أمر العيب معلوماً لدى الناس . وهذا هو معنى قولهم إن العيب إذا كان علنياً وجب اتباع الصيغة المرسومة شرعاً . ففى الصورة التى يكون فيها العيب معلوماً لدى الغير ، وجب لاعتبار العقد الجديد صحيحاً أن تتبع فيه الإجراءات الشكلية المعروفة .

هذا ولا يكون للعقد الجديد أثر رجعى بحال من الأحوال ، فليس التعبير عن الرضا بالزواج إجازة للعقد الأول ولكنه تعاقد جديد . ولا تنطبق إجراءات « التصحيح من الأصل » وما قد تستتبعه من أثر رجعى على الأحوال التى يكون فيها العقد باطلاً لفقدان الإرادة[1] .

---

(١) قارن حلمى بطرس ، ١٨٩ — ١٩٠ حيث يقول : « ولكن الكنيسة الكاثوليكية . . . أجازت أن يكون للتصحيح أثر رجعى إذا وافق على ذلك الكرسى الرسولى » . وهو يستند =

= إلى نص المادتين ٢/١٢٩ و ١٣٠ من التقنين الشرقي . ويبدو أنه قد فاته أن نظام « التصحيح من الأصل » لا ينطبق إطلاقاً على أحوال البطلان بسبب عيوب الرضاء ، وأن ما أوردته المادة ١٢٩ هو عبارة عن الشروط التي يلزم توافرها في العقد عند ما يراد « تصحيحه من الأصل » ، والمادة ١٣٠ تعلق هذا التصحيح على إرادة الكرسي الرسولي . على أن هذا كله لا يكون إلا في أحوال البطلان التي يجوز فيها هذا التصحيح ، والبطلان بسبب الإكراه أو غيره من عيوب الرضا لا يجوز فيه هذا التصحيح أبداً ، والمانع من صحة الزواج هنا يعتبر من الموانع التي لا يمكن الاعفاء منها بحال من الأحوال .



فهرس